Das

Notherbenrecht.

Eine civilistische Abhandlung

von

Dr. Franz Schröder,
Privatdocenten an der Züricher Hochschule.

Erste Abtheilung: Das Recht vor der Novelle 115.

Heidelberg,
Carl Winter's Universitätsbuchhandlung.
1877.

Das Notherbenrecht

von

Dr. Franz Schröder.

Das

Notherbenrecht.

Eine civilistische Abhandlung

von

Dr. Franz Schröder,

Privatdocenten an der Züricher Hochschule.

Erste Abtheilung: Das Recht vor der Novelle 115.

Heidelberg,

Carl Winter's Universitätsbuchhandlung.

1877.

Vorwort.

Ein Unternehmen, das gesammte Notherbenrecht darzustellen, bedarf nicht allein der Rechtfertigung gegenüber der größeren Zahl ausgezeichneter Bearbeitungen der ganzen Lehre, sondern vor Allem gegenüber den neuesten gediegenen Schriften von Ad. Schmidt über das formelle Recht der Notherben sowie von Leist (in der Fortsetzung von Glück's Commentar) über die bonorum possessio contra tabulas. Der Grund, um dessen willen ich das vorliegende Buch veröffentliche, liegt im Pflichttheilsrecht. So Bedeutendes auch die Bearbeitungen von Francke und Mühlenbruch auf diesem Gebiete geleistet haben, so erschien doch bei dem heutigen Stande der Wissenschaft eine abermalige Entwicklung dieser Disciplin veranlaßt. Seit jenen Arbeiten ist bei einer Reihe einzelner Lehren des Pflichttheilsrechts in monographischen Untersuchungen, in neueren Lehrbüchern und in Rechtssprüchen oberster deutscher Gerichte eine Fülle neuer, werthvoller Gedanken zu Tage gefördert: diese verlangten dringend eine zusammenfassende Darstellung, vielfach auch eine abermalige Beleuchtung. Eine Vertiefung zahlreicher Rechtsgrundsätze, zumal aus dem Bereiche der Querel, hat auch Ad. Schmidt's erschöpfende Darstellung des Pflichttheilsrechts des Patrons und des Parens Manumissor ermöglicht. Durfte ich mich aber hiernach zu einer Bearbeitung des materiellen Notherbenrechts aufgefordert fühlen, so war auch mit Rücksicht auf das Recht der Novelle 115 ein Eingehen auf das formelle Notherbenrecht geboten: eine abgesonderte Entwicklung des neuesten Pflichttheilsrechts, die sich von der Unterlage des formellen Notherbenrechts loslösen wollte, schien mir unausführbar. Bietet nun auch der gegenwärtige erste Theil meiner Schrift nur das Recht vor der Novelle 115, so wird man doch schon hier überall die Fundamente für die Entwicklung des Novellenrechts gelegt finden. Daß eine Darstellung des formellen Notherbenrechts nur wenig Neues zu geben vermag, habe ich mir

von vornherein gesagt: mein Bemühen ist hier hauptsächlich darauf gerichtet gewesen, alle einzelnen Rechtslehren in das Licht des richtigen systematischen Gesichtspunkts zu stellen.

Dafür, daß ich bei meiner Arbeit redlich nach Erforschung der Wahrheit gerungen habe, wird hoffentlich die Schrift selbst Zeugniß legen. Und wo ich fehl gegangen bin, wie das oft geschehen sein mag, hoffe ich wenigstens zur Verfolgung neuer Aufgaben, die das Notherbenrecht in so reichem Maße stellt, Anregung gegeben zu haben.

Zürich, am 5. Juni 1877.

Inhalt.

§ 69. 1. Frage der Anwendung des Notherbenrechts auf Pupillarsubstitutionen. Classisches Recht (S. 566—570). Recht der Nov. 115 und canonisches Recht (S. 570—572).

§ 70. 2. Das Notherbenrecht in Anwendung auf Soldatentestamente und letztwillige Verfügungen über das castrensische oder quasicastrensische Vermögen. I. Formelles Notherbenrecht beim Soldatentestament (S. 572—574). II. Pflichttheilsrecht beim Soldatentestament (S. 575). III. Pflichttheilsrecht beim peculium castrense und quasi-castrense (S. 575—587). IV. Veränderungen durch die Novellen 115 und 118 (S. 587—591).

Bemerkung über abgekürzte Citate.

1. Von den Lehr- und Handbüchern der Pandekten sind die von Puchta, Vangerow, Sintenis, Arndts, Brinz und Windscheid vielfach nur mit den Namen der Verfasser angeführt. Das Gleiche gilt von den folgenden Schriften über das Notherbenrecht:
   Förster, de bonor. poss. liberorum praeteritorum contra tabulas parentum (1823),
   Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Recht (1829),
   Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten (1831),
   Hingst, commentatio de bonor. possessione (1858).
2. Die Bearbeitungen des Notherbenrechts in Glück's Commentar sind unter den Namen von Glück und Mühlenbruch mit Beisetzung der betreffenden Zahl des Bandes des Commentars,
   die als Fortsetzung des Commentars erscheinende Bearbeitung der Bücher 37 und 38 der Digesten von Leist ist mit der Bezeichnung „Forts." unter Beifügung der Zahl des Bandes (I. II. III.) citirt.
3. Abgekürzt sind auch die Citate von folgenden Schriften von Ad. Schmidt, (wo nicht der Zusammenhang die bloße Benennung des Verfassers genügend erscheinen ließ):
   a. das formelle Recht der Notherben (1862), — als „Notherbenr."
   b. das Pflichttheilsrecht des Patrons und des Parens Manumissor (1868), — als „Pflichtth.-R."

Der zweite Band der civilistischen Schriften von Arndts, in welchem sich die Abhandlungen aus dem Erbrecht befinden, ist regelmäßig nur mit „Arndts, II" citirt.

Sinnentstellende Fehler.

(Leider hat der Verfasser solche bei seiner Entfernung vom Druckort nicht durchweg verhüten können.)

S. 32. Z. 10 von oben lies „secundum tabulas oder contra tabulas“ statt „secundum tabelas oder contra tabelas“.
S. 52 Z. 17 und 18 v. o. lies „noch immer unbegreiflich“ statt „noch unbegreiflich“.
S. 53 Z. 16 v. o. lies „mit der Regel: postumi adgnatione testamentum rumpi“ statt „mit der Regel des formellen Notherbenrechts“.
S. 110 Z. 8 v. o. lies „von der bon. poss.“ statt „vor der bon. poss“.
S. 112 Z. 13 v. o. lies „Unde legitimi“ statt „Unde liberi“.
S. 121 Z. 6 v. o. lies „Ascendenten“ statt „Descendenten“.
S. 128 Z. 17 v. u. lies „Ertheilung der b. p.“ statt „Ertheilung p. b.“.
S. 169 Z. 12 v. u. lies „gekennzeichnetem“ statt „gekennzeichneten“.
S. 171 Z. 20 v. u. lies „Anm. 223“ statt „Anm. 123“.
S. 184 Z. 11 v. u. lies „die Anordnung“ statt „die Ordnung“.
S. 186 Z. 14 v. u. lies „und nun blos“ statt „und nur blos“.
S. 187 Z. 6 v. o. lies „l. 15 § 1“ statt „l. 15 § 10“.
S. 190 Z. 18 v. o. lies „von den Notherben“ statt „von Notherben“.
S. 191 Z. 11 v. o. lies „jenem Erben als Beschwertem“ statt „jenen Erben als Beschwerten“.
S. 195 Z. 18 v. u. lies „apud emancipatum“ statt „ad emancipatum“.
S. 202 Z. 3 v. u. lies „accepisset“ statt „accipisset“.
S. 217 Z. 3 und 4 v. o. lies „der mütterlichen Ascendenten“ statt „den mütterlichen Ascendenten“.
S. 253 Z. 18 v. u. lies „über die descendentische“ statt „über descendentische“.
S. 268 Z. 13 v. u. lies „in welchen eine“ statt „in welchem eine“.
S. 310 Z. 9 v. o. lies „bei der vom Vater“ statt „bei dem vom Vater“.
S. 311 Z. 18 v. o. lies „bei der angerufenen l. 20 § 1 C. de collat. 6. 20“ statt „bei l. 20 § 1 C. cit.“.
S. 336 Z. 9 v. o. lies „hält man daran fest“ statt „hält man darauf fest“.
S. 360 Z. 18 v. o. lies „beschwert wurde“ statt beschwert würde“.
S. 434 Z. 18 v. u. ist die I. zu streichen.
S. 443 Z. 8 v. u. lies „ausgedehntere“ statt „ausgedehnteste“.
S. 475 Z. 6 v. o. lies „wird bemerkt“ statt „bemerkt man“.
S. 482 Z. 3 v. u. lies „σουβσιδιαρία“ statt „σουβδιαρία“.
S. 491 Z. 4 v. u. lies „adjiciatur“ statt „adjuciatur“.
S. 533 Z. 16 v. u. lies „bleibt es unannehmbar“ statt „bleibt er unannehmbar“.
S. 536 Z. 17 v. o. lies „nichts zu entnehmen“ statt „nicht zu entnehmen“.
S. 543 Z. 12 v. u. lies „vindictam spirantes“ statt „vindictum spirantes“.
S. 546 Z. 14 v. o. lies „pressen“ statt „prüfen“.
S. 555 Z. 18 v. u. lies „durch die l. 8 § 15“ statt „durch die in l. 8 § 15“.
S. 564 Z. 17 v. o. lies „vermögen jenen Satz“ statt „vermögen jener Satz“.
S. 566 Z. 18 v. u. lies „dieser Lehren“ statt „dieser Lehre“.
S. 575 Z. 1 v. u. lies „gehalten“ statt „gehandelt“.

Einleitung*).

§ 1.

I. Das römische Recht ist ohne Zweifel ausgegangen vom Grundsatz freier Verfügungsbefugniß des Erblassers in Ansehung seines Vermögens; eine Beschränkung dieser Freiheit zu Gunsten der nächsten Verwandten, wie sie sich im Notherbenrecht darstellt, ist bestimmt noch den XII Tafeln fremd gewesen[1]). Dagegen liegt im classischen Recht ein doppeltes System derartiger Schranken vor: die Anforderung an den Erblasser, gewisse Descendenten zu Erben einzusetzen oder zu enterben (formelles Notherbenrecht), — daneben die Vorschrift, welche dem Erblasser die Zuwendung eines bestimmten Theils des Vermögens an gewisse nächste Blutsverwandte zur Pflicht macht (materielles Notherbenrecht oder Pflichttheilsrecht).

A. Das formelle Notherbenrecht hat sicher vor Cicero's Zeit Geltung gehabt: fraglich ist nur, ob schon in seinen beiden unten anzugebenden Gestalten. Ebenso hat wohl das Pflichttheilsrecht schon dieser Zeit, mindestens hat es schon der ersten Kaiserzeit angehört. Vorläufer des formellen Notherbenrechts, wie solches in der vorhin bezeichneten Anforderung seinen Ausdruck findet, ist der Satz gewesen, daß die Geburt eines Postumus das Testament, in welchem dieser keine Berücksichtigung gefunden hat (ursprünglich auch Berücksichtigung nicht finden konnte), vernichtet.

Mit Rücksicht auf die erzeugende Rechtsquelle ist ein zweifaches formelles Notherbenrecht zu unterscheiden. Das civile Notherbenrecht fordert Einsetzung oder Enterbung der sui des Erblassers; daß

*) Vergl. die Uebersicht bei Vangerow II § 467, Anmerk.

[1]) Darüber einstweilen l. 120 D. de V. S. 50. 16.

ersten Falls die Zuwendung einen bestimmten Umfang habe, ist nicht geboten. Die Verletzung jener Anforderung hat gegenüber dem bei der Errichtung des Testaments lebenden Sohne von Anfang an, gegenüber einem jeden Postumus des Erblassers von dessen Geburt an Nichtigkeit des letzten Willens zur Folge. Zu Gunsten der Töchter und der (männlichen wie weiblichen) entfernteren Descendenten tritt Nichtigkeit nicht ein: sie gelangen zur Erbfolge neben den vom Testament gerufenen Erben (kraft des s. g. Accrescenzrechts).

Auch das vom Prätor in der bonorum possessio contra tabulas aufgestellte notherbrechtliche System erhebt die Anforderung der Einsetzung oder Enterbung der Berechtigten. Als solche aber treten jetzt die liberi des Erblassers auf, — dieselben liberi, welche in der gesetzlichen Erbfolgeordnung des prätorischen Rechts die erste Classe bilden. Und wie hierbei, so weicht die contra tabulas bonor. possessio mehrfach bei den einzelnen Grundsätzen über die Erbeseinsetzung wie Enterbung, stärker noch bei den Folgen einer Nichtbeachtung des Notherbenrechts vom Civilrecht ab. In letzterer Beziehung tritt, wenngleich die Grundlage des vom Notherben zu erhebenden Anspruchs dessen gesetzliche Erbberechtigung ist, Nichtigkeit des letzten Willens nicht ein; vielmehr wird dem Testament sogar sachlich in weitem Umfange Wirksamkeit eingeräumt.

B. Das materielle Notherbenrecht legt dem Erblasser die Pflicht auf, dem Berechtigten einen bestimmten Theil seines Vermögens zuzuwenden, sofern ihm nicht ein dessen Ausschließung rechtfertigender Grund zur Seite steht. Während aber so ein bestimmtes Maß der Bedenkung vorgeschrieben wird (Pflichttheil), erscheint die Form der Bedenkung in diesem Rechtstheil gleichgültig. Nicht allein durch Erbeseinsetzung, auch durch Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall sowie durch bestimmte Zuwendungen unter Lebenden kann der Pflichttheil gewährt werden. Zu beanspruchen haben einen solchen nicht allein die sui oder die liberi des formellen Notherbenrechts, sondern fast ausnahmlos, unter Voraussetzung gesetzlicher Erbberechtigung, die Descendenten gegen alle Ascendenten, auch gegen solche, die wie die Mutter, die Großmutter oder der mütterliche Großvater einem formellen Notherbenrecht nicht Rechnung zu tragen haben, — ferner die Ascendenten des Erblassers, — endlich die gegen einen bescholtenen Testamentserben zurückgesetzten Geschwister.

Hat der Erblasser den Vorschriften des materiellen Notherbenrechts

nicht genügt, so ist darum sein Testament nicht nichtig. Das classische Recht gewährt dem Pflichttheilsberechtigten als einziges Rechtsmittel die querella inofficiosi testamenti, eine dem Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nahe verwandte Klage auf Beseitigung des pflichtwidrigen Testaments durch Richterspruch. Soweit diese Klage durchdringt, kommt es zur gesetzlichen Erbfolge; möglich aber ist, daß ein solcher Erfolg nur zu einem Bruchtheil der Erbschaft eintritt.

Bis auf Justinian haben sich die hier kurz angedeuteten Institute des formellen und des materiellen Notherbenrechts im Wesentlichen unverändert erhalten; durch jenen Kaiser sind sie erheblich umgestaltet. In der Nov. 115 ist eine durchgreifende, wenn auch auf die Descendenten und Ascendenten beschränkte Umwandlung des formellen und des materiellen Notherbenrechts, die hier mit einander vereinigt erscheinen, unternommen. Die Frage, ob neben diesem Gesetz das frühere formelle Notherbenrecht der sui und der liberi fortbesteht, ist streitig. — Die Darstellung des Rechts der Novelle wird sich bei uns als dritter Haupttheil an das formelle Notherbenrecht und an das Pflichttheilsrecht der voraufgehenden Zeit anschließen.

Schon vor jenem Gesetz liegt eine Reihe Neuerungen Justinian's. Zwar auf das formelle Notherbenrecht beziehen sich nur einige wenige Bestimmungen, die sich in einem Anhange an das civile und prätorische Recht der classischen Zeit besprechen lassen. Das Pflichttheilsrecht dagegen ist durch eine Anzahl Constitutionen des Codex und durch Nov. 18 in so erheblichem Maße fortgebildet, daß die Ergebnisse dieser Gesetzgebung in die Darstellung jenes Rechts selbst aufgenommen werden müssen.

II. Mit einigen Worten ist schon hier die Stellung der einzelnen Bildungen des Notherbenrechts innerhalb der Lehre von den Successionsgründen zu bezeichnen, sodann ist zu sagen, ob dem Notherben eine eigenthümliche, von der sonstigen (gesetzlichen wie testamentarischen) Erbberechtigung zu unterscheidende Berechtigung zusteht.

Ohne Frage begründet das Notherbenrecht eine Erbfolge gegen den letzten Willen; aber darum kann nicht anerkannt werden, daß es einen Successionsgrund darstellte, welchem eine selbständige Bedeutung neben der testamentarischen und der gesetzlichen Erbfolge zukäme. Jener negativen Haltung gegenüber dem letzten Willen und dem Umstande, daß die dem Testament entgegenstehende Berechtigung

des Notherben unmittelbar aus dem Gesetz abgeleitet wird, entspricht vielmehr dies. Die Notherbfolge ist ihrem Grundgedanken nach eine besondere Form der gesetzlichen Erbfolge [2]); doch begegnen bei ihr nach zwei Seiten hin Unterschiede von der gemeinen Intestaterbfolge. In den meisten ihrer Arterscheinungen beläßt sie dem letzten Willen ein bald enger, bald weiter bemessenes Herrschaftsgebiet, oder sie kann es ihm doch im einzelnen Fall belassen; bei mehreren Arten der Notherbfolge kommt hinzu, daß Letztere nur wirksam wird auf Grund einer bald so bald anders gestalteten Reaction des Willens des Notherben gegen das Testament. Ich will diese Sätze durch einige kurze Bemerkungen über die einzelnen Arten der Notherbfolge deutlicher machen.

Wenn den civilrechtlichen Vorschriften des formellen Notherbenrechts beim lebenden Sohn und beim Postumus zuwidergehandelt ist, so tritt Nichtigkeit des Testaments ein: eben darum besteht hier durchweg einfache gesetzliche Erbfolge, und da es sich um sui heredes handelt, so vollzieht sich der Erbschaftserwerb ohne Weiteres. — Der civile Anspruch der Töchter und Enkel (Accrescenzerben) entzieht grundsätzlich den Testamentserben nur einen Bruchtheil des Vermögens; demnach bleibt neben der als gesetzliche zu bestimmenden Erbfolge solcher Notherben in gewissem Umfange die testamentarische Erbfolge der vom Erblasser gerufenen Erben stehen [3]). Indessen erben auch hier die Accrescenzerben in ihrer Eigenschaft als sui und darum

[2]) Die im Text entwickelte Auffassung entspricht im Wesentlichen der von Windscheid III § 529. § 575 zu Anf. und Anm. 1 ausgesprochenen Ansicht. An abweichenden Stimmen fehlt es nicht. So bezeichnet Kuntze, Curs. § 834 die Notherbfolge zwar als eine primäre Intestaterbfolge, das Notherbrecht als qualificirtes gesetzliches Erbrecht, aber er fügt hinzu: das Notherbrecht in seinem ganzen weiteren Umfang falle nicht unter den Begriff der einfachen Berufung (delatio), sondern bilde neben derselben einen besonderen Erbtitel, denn theils ruhe es auf besonderen Voraussetzungen, theils weiche es von der einfachen gesetzlichen Delation in den Rechtswirkungen erheblich ab. Verwiesen wird dabei auf Kap. 58, wo Kuntze vom Pflichttheilsrecht handelt. Daß die beim Notherbenrecht gegebenen besonderen Voraussetzungen die Anwendung des regelmäßigen Begriffs der Delation hinderten, vermag ich nicht zu erkennen. Beim Pflichttheilsrecht der Verwandten besteht zwar vor der Rescission des Testaments keine Delation, aber im Augenblick der Rescission wird die gesetzliche Erbfolge deferirt. Hiervon mehr im § 52.

[3]) Näheres im § 4 unter III; insbesondere sind dort in Anm. 18 die Belegstellen über die Aufrechthaltung des Testaments angegeben.

vollzieht sich bei ihnen die Notherbfolge ohne jede von ihnen abzugebende Willenserklärung[4]).

Bei der bonor. poss. contra tabulas streitet man darüber, ob sie gesetzliche Erbfolge begründet. Daß auf die Frage nicht ein reines Ja ertheilt werden kann, liegt auf der Hand; aber es ist zu sagen: an erster Stelle erscheint die prätorische Notherbfolge als eine zu Gunsten der übergangenen und weiterhin der eingesetzten Notherben eröffnete gesetzliche Erbfolge; doch läßt diese die Möglichkeit zu, daß neben ihr der letzte Wille für eine Reihe von Anordnungen — darunter auch Erbeseinsetzungen — in Geltung bleibt. Näher gehe ich auf diese Frage im § 24 ein. — Erworben wird die prätorische Notherbfolge niemals ohne Weiteres, selbst da nicht, wo sie einem suus angeboten wird: vielmehr verlangt sie, wie jede bonor. possessio, eine Agnition.

Das Pflichttheilsrecht der Verwandten setzt das Dasein eines an sich gültigen Testaments voraus. Gerade in ihm ist das Moment des angriffsweisen Vorgehens des Notherben gegen den letzten Willen besonders stark ausgeprägt; damit dieser außer Kraft gesetzt werde, bedarf es eines processualischen Angriffs des Notherben und eines auf Rescission des Testaments lautenden Richterspruchs. Zweck der Beseitigung des letzten Willens aber ist, daß der gesetzlichen Erbberechtigung des Pflichttheilsberechtigten Raum verschafft werde: die vom Notherben zu erhebende, meist in Verbindung mit der Querel auftretende Erbschaftsklage fordert die Gewährung des gesetzlichen Erbtheils[5]).

Uber das Notherbenrecht der Nov. 115 ist für jetzt nur Eins zu bemerken. Daß zu Gunsten des Notherben Beseitigung der Erbeseinsetzung und Herbeiführung der gesetzlichen Erbfolge einzutreten habe — mit Aufrechthaltung von Vermächtnissen, Freiheitsertheilungen, Vormundsernennungen und andern Nebenbestimmungen —, besagt die Novelle ausdrücklich[6]). Bestritten aber ist noch heutzutage, ob man bei der Vorschrift an eine von selbst eintretende Nichtigkeit der Erbeseinsetzung zu denken hat, sei es daß diese sofort Platz greift oder erst mit dem Tode des Erblassers, falls in diesem Zeitpunkte ein

---

[4]) So auch Schmidt, Recht der Notherben. S. 24. Anm. 65.

[5]) Vergl. hierzu die Ausführungen des § 46.

[6]) Nov. 115 c. 3 in f. c. 4 in f.

nicht eingesetzter oder nicht gehörig ausgeschlossener Notherbe vorhanden ist, — oder ob zur Beseitigung der Erbeseinsetzung eine einfache Willenserklärung des Notherben, — oder endlich ob Rescission im Wege der Querel verlangt werden muß. Ich entscheide mich im Sinne der zweiten Auffassung, die man wenig passend als System den relativen Nullität zu bezeichnen pflegt. Die Begründung dieser Ansicht wird im dritten Abschnitt erfolgen.

Bisher wurde angegeben, wie sich die den einzelnen Instituten des Notherbenrechts zu Grunde liegenden objectiven Rechtsgrundsätze zur Lehre von den Successionsgründen verhalten. Im Zusammenhang damit ist zu bestimmen, ob dem Notherbenrecht eine eigenthümliche Erbberechtigung entspricht. Ich stehe nicht an, darauf mit Nein zu antworten: meines Erachtens ist es die gewöhnliche gesetzliche Erbberechtigung, welche sich im Notherbenrecht entgegen dem letzten Willen geltend macht. [7]) Insbesondere sehe ich auch darin ein besonderes Recht des Notherben nicht, daß dieser jene Berechtigung im Widerspruch mit dem Testament durchzusetzen vermag; vielmehr ist diese seine vortheilhafte Lage lediglich Folge der vom objectiven Recht der Testirfreiheit des Erblassers gezogenen Schranken [8]). Der an sich zur Verfügung über sein Vermögen berechtigte Erblasser hat so weit, als die unsrer Lehre angehörigen Grundsätze des objectiven Rechts reichen, nicht die Macht, zum Nachtheil des Notherben von jener Verfügungsbefugniß Gebrauch zu machen [9]). Das allein verleiht der gesetzlichen Erbberechtigung des

---

[7]) Auch hier fehlt es nicht an Stimmen für das Gegentheil. So bemerkt Schmidt in Anwendung auf die sui heredes (Notherbr. S. 9 Anm. 19), der Notherbe sei dem Testament gegenüber nicht erst mit der Delation des Erbrechts berechtigt, sondern sobald er als solcher existire. Aehnlich denkt Brinz, Abth. II § 173: wie dieser gestützt auf die bekannten Aeußerungen der Quellen (l. 11 D. de lib. 28. 2. Gaj. II. 157. § 2 J. de hered. qual. 2. 19) für das römische Recht eine Art von Gütergemeinschaft annimmt, welche trotz der Alleinherrschaft des Hausvaters zwischen diesem und seinen sui heredes bestehen soll, so schreibt er auch den sui schon vor dem Tode des Erblassers ein Erbrecht zu, — ein Recht, das mit dem s. g. Notherbrecht des jus civile zusammenfiele.

[8]) Vergl. hierzu die Ausführung im § 4 unter II a. E.

[9]) Gerade dieser Gedanke ist es, der mit voller Schärfe von Ulp. l. 120 D. de V. S. 50. 16 ausgesprochen wird: Verbis legis duodecim tabularum his „uti legassit suae rei, ita jus esto" *latissima potestas tributa videtur* et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi . *sed id*

Notherben die Kraft, dem Testament mit Erfolg entgegenzutreten. Wo es daher nach den obigen Bemerkungen einer Reaction des Notherben gegen das Testament bedarf, ist immer in dieser wesentlich die Willenserklärung desselben enthalten, daß er kraft der gesetzlichen (nicht durch letztwillige Verfügung zu verkümmernden) Erbberechtigung die Erbschaft annehme.

Weiter geht allerdings das Pflichttheilsrecht, indem es Beseitigung des Testaments durch richterliches Erkenntniß auf entsprechenden Antrag verlangt. Der Grund davon dürfte neben dem Bestreben, das Testament möglichst bei Geltung zu erhalten, dieser sein: das Verlangen, daß dem Notherben ein bestimmter Theil des Vermögens hinterlassen werde, geht an sich viel weiter, als der formelle Anspruch auf Erbeseinsetzung oder Enterbung. Darum wird man es als Bedürfniß empfunden haben — zumal in der Zeit, welche das Pflichttheilsrecht allererst in's Leben zu rufen hatte —, daß ein so intensiver Angriff auf den letzten Willen zum Gegenstand einer sorgsamen richterlichen Erwägung und eines dem klägerischen Verlangen stattgebenden richterlichen Erkenntnisses gemacht werde. (Vergl. den § 46 bei Anm. 17.)

Wenn oben der Anspruch des Notherben auf dessen gesetzliche Erbberechtigung zurückgeführt wurde, so bleibt freilich die Frage nach dem Wesen des s. g. subjectiven Erbrechts übrig. Bekanntlich besteht darüber grade in der heutigen Wissenschaft eine erhebliche Meinungsverschiedenheit. Allein eben darum kann diese Frage nicht nebenher bei den Untersuchungen beantwortet werden, die den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bilden.

---

interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium. Daß man die Schlußworte auf das Notherbenrecht oder doch auch auf das Notherbenrecht zu beziehen hat, wird nicht bezweifelt. Vergl. Francke S. 18. Mühlenbruch **36** S. 148 f. Schmidt S. 7 f. Anm. 13.

Abschnitt I.

Das formelle Recht der Notherben.

Erster Theil: Das jus civile.

A. Begriff und Wesen des formellen Notherbenrechts. — Berechtigte Personen.

§ 2.

1. Allgemeines.

I. Das formelle Notherbenrecht des Civilrechts legt dem Erblasser eine alternative Verpflichtung des Inhalts auf: will er die gänzliche oder theilweise Beseitigung des letzten Willens verhüten, so muß er seine sui zu Erben einsetzen oder enterben[1]). In Wahrheit ist ihm damit lediglich die Beobachtung einer Form vorgeschrieben. Denn nicht allein durch die in gehöriger Gestalt angeordnete Enterbung entzieht er sich der Nothwendigkeit eines Bedenkens des suus, auch wenn er sich für die Erbeseinsetzung entscheidet, bleibt ihm freie Hand, weil keinerlei Maß der Zuwendung gegeben ist.

Auf die Frage nach dem Grunde jener Regel des Notherbenrechts kann erst im § 7 unter IV eingegangen werden.

II. Hat der Erblasser weder dem Erforderniß der Erbeseinsetzung noch dem der Enterbung genügt, so liegt Präterition vor[2]). Die Wirkung ist bei der Uebergehung des lebenden Haussohns sofortige Nichtigkeit des Testaments, bei der Uebergehung des Postumus nachfolgende — mit dessen Erscheinen eintretende — Nichtigkeit. Von den Accrescenzerben ist schon im § 1 bemerkt, daß zwar die Quellen trotz ihrer Uebergehung das Testament als gültig behandeln, daß aber ihr Eingreifen in die im Uebrigen auf das Testament ge-

---

[1]) Ulp. 22. 14. 23. 2. pr. J. de exher. lib. 2. 13. Gaj. l. 30 D. de lib. 28. 2.

[2]) pr. J. de exher. lib. 2. 13. § 12 J. de hered. quae ab int. 3. 1. Ulp. 22 § 17 vergl. mit § 16. l. 30 D. cit.

gründete Gesammtnachfolge sich als eine Intestaterbfolge darstellt, die sich ipso jure vollzieht. Danach bestimmt sich die Zeit der Delation der beim formellen Notherbenrecht in Frage kommenden gesetzlichen Erbfolge sehr einfach [3]). Die Intestaterbfolge wird immer erst deferirt, wenn es entschieden ist, daß eine Erbfolge aus dem Testament nicht eintritt [4]). Dies ist im Fall der Präterition eines lebenden Sohnes oder eines vor dem Tode des Erblassers gebornen Postumus zur Zeit dieses Todes wegen der dann vorliegenden Nichtigkeit des Testaments sofort entschieden: demnach findet die Delation in diesem Zeitpunkt statt. Dieselbe Zeit ist für die Töchter und Enkel maßgebend, sie accresciren bei vorliegender Verletzung der notherbrechtlichen Vorschriften ohne Weiteres mit dem Tode des Erblassers. Anders bei dem Postumus, welcher erst nach dem Tode des Erblassers erscheint: hier bleibt die Delation bis zu dessen Erscheinen ausgesetzt, in der Zwischenzeit aber kommt es auch nicht zu einem Anfall der testamentarischen Erbfolge [5]).

Zur näheren Darstellung der bei den einzelnen Classen der Notherben verschieden bestimmten Wirkungen einer Verletzung der notherbrechtlichen Vorschriften gelangen wir im § 4. Vorweg sind jene Classen selbst näher darzustellen.

§ 3.

2. Personen, welche am formellen Notherbenrecht Theil haben.

Es ist jetzt vor Allem eine Uebersicht der vom Civilrecht anerkannten Notherben zu geben. Diese sind, wie schon im Eingange des § 2 gezeigt wurde, die sui, damit Diejenigen, welche beim Tode des Erblassers in dessen unmittelbarer väterlicher Gewalt standen [1]) oder doch stehen mußten, wenn sie zu dieser Zeit schon geboren waren [2]). Nicht die Nähe des Grades kommt in Betracht, sondern die Unmittelbarkeit der Gewalt, in Folge deren der suus mit des Erblassers Tode gewaltfrei wird; auch sind sui neben den leiblichen die Adoptivkinder und weiterhin als filiae loco die Ehefrau in der Manus des Erblassers,

---

[3]) Zum Folgenden Schmidt S. 13.

[4]) pr. § 7 J. de her. quae ab int. 3. 1 § 6 J. de legit. agnat. succ. 3. 2. l. 39 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 8 C. comm. de success. 6. 59.

[5]) l. 54 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 4 § 3 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

[1]) § 2 J. de her. qual. et diff. 2. 19. § 2 J. de her. quae ab int. 3. 1. Gaj. II. 156. 157. Collat. XVI. 2 § 2.

[2]) § 2 J. de her. quae ab int. 3. 1 Collat. XVI. 2 § 4.

als neptis loco — bei vorausgesetztem Wegfall ihres Ehemannes — die Schwiegertochter in der Manus des Sohnes[3]).

Die Personen, welche der unmittelbaren Gewalt des Erblassers unterworfen gewesen sein würden, wenn sie nicht erst nach dessen Tode geboren wären, stellen, sofern sie nur zu dieser Zeit bereits gezeugt waren[4]), die Postumi der gesetzlichen Erbfolge dar. Dagegen gewinnt der Begriff der Postumi bei der Notherbfolge wie bei der testamentarischen einen weiteren Umfang: Postumi oder doch postumorum loco sind Alle, welche nach errichtetem Testament die Stellung von sui heredes des Erblassers erlangen[5]). Die Gründe der Unterscheidung sind gleich hier anzugeben. In Ansehung der Descendenten, welche durch Geburt erst nach der Testamentserrichtung in die unmittelbare väterliche Gewalt des Erblassers traten, bestand im alten Recht wegen ihrer Eigenschaft als incertae personae rechtlich für den Erblasser die Unmöglichkeit letztwilliger Bedenkung. Wenn Gajus von einer solchen Unmöglichkeit nur beim postumus alienus spricht[6]), so dient zur Erklärung, daß vor der Zeit dieses Juristen das Hinderniß beim postumus suus gefallen war. Daß aber ursprünglich für Letzteren das gleiche Recht gegolten hat[7]), zeigt der angegebene Grund des Hindernisses, welcher auch beim suus zutrifft; mehr noch wird es bewiesen durch das aus den Quellen ersichtliche zähe Ringen von Jurisprudenz wie Gesetzgebung, um die Einsetzung des postumus suus rechtlich möglich zu machen. Begreiflich ist ein solches Bemühen wohl;

---

[3]) Gaj. I. 114. 115ᵇ. II. 139. 159. Collat. XVI. 2 § 3.

[4]) § 8 J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 6 pr. D. de inoff. 5. 2. l. 6 pr. D. de injusto 28. 3. l. 6. 7 D. de suis 38. 16. Demnach müssen sie innerhalb der nächsten zehn Monate nach des Erblassers Tode zur Welt kommen: l. 29 pr. D. de lib. 28. 2. l. 4 C. de postum. 6. 29.

[5]) So dem Ausdruck nach l. 33 D. de testam. mil. 29. 1. Gaj. Visigoth. II. 3 § 2, — sachlich l. 3 § 1 D. de injusto 28. 3. Vergl. Mühlenbruch 36 S. 154 f. Heumann in Linde's Zeitschr. XIX S. 292. Schmidt S. 5.

[6]) Gaj. II. 242: est enim incerta persona. Dazu §§ 26. 28 J. de legat. 2. 20. Theoph. ad § 26 cit. und allgemeiner Ulp. 22. 4. § 25 J. eod. — Postumus alienus ist aber (Gaj. II. 241. § 26 J. cit.), qui natus inter suos heredes testatoris futurus non est. Aus diesem Grunde auch der Enkel vom emancipirten Sohn, welcher nach der Emancipation gezeugt ist, — ja nach richtiger Ansicht der der Gewalt des Erblassers unterworfene Enkel, so lange dessen Vater in der Mitte steht. Näheres bei Heumann S. 331. Schmidt S. 5 Anm. 7.

[7]) Ueber diese Thatsache ist man einig: Mühlenbruch S. 176 f. Heumann S. 299. Vangerow II § 429 Anm. 3 unter 2. Schmidt S. 5 f.

bestand doch für den römischen Bürger die schwere Gefahr, daß sein Testament wegen der Uebergehung eines Postumus vernichtet würde, während ihm dessen Berücksichtigung vom Recht selbst abgeschnitten war. Mehr hiervon im § 8.

Ein weiterer Grund, bei der Feststellung des Begriffs des Postumus an die Zeit des erklärten letzten Willens anzuknüpfen, liegt in den Rechtsgrundsätzen über die formelle Notherbenberechtigung der Postumi. Diese sind vielfach strenger, als die Bestimmungen in Ansehung der meisten übrigen Notherben, sowohl bei den Erfordernissen der Einsetzung und der Enterbung, wie bei den Folgen von deren Nichtbeobachtung; in's Auge gefaßt aber sind dabei alle unter den angegebenen weiten Begriff des Postumus fallenden Personen: besteht doch bei diesen gleichmäßig das Bedürfniß einer vorzüglichen Sicherung gegen Uebergehung[8]).

Ich bezeichne jetzt die einzelnen Classen der Postumi[9]). Nach dem Vorgang von Ad. Schmidt werden unter Num. 1 solche sui herausgehoben, welche bisher für den Erblasser Fremde waren, im Gegensatz zu den in den übrigen Nummern (2—5) bezeichneten Descendenten desselben. Diese Unterscheidung erweist sich als erheblich bei der Rechtsentwicklung in Ansehung der letztwilligen Bedenkung der Quasipostumi[10]).

Neben dem eigentlichen Postumus, welcher unmittelbar mit seiner nach der Testamentserrichtung eintretenden Geburt die Rechtsstellung eines suus heres erlangt[11]), nennen die Quellen als Notherben, welche quasi-agnasciren, darum postumorum loco stehen:

1. Fremde, welche durch Rechtsgeschäft oder verwandte juristische Thatsache der väterlichen Gewalt des Erblassers unterworfen werden. So die Frau, mit welcher eine in manum conventio geschlossen wird, der Adoptirte und Arrogirte[12]).

---

[8]) Vergl. z. B. wegen des nominatim exheredare: § 2 J. de exhered. lib. 2. 13. l. 10 § 2 D. de testam. tut. 26. 2. l. 2 C. de lib. praeter. 6. 28, — wegen der gleichmäßig eintretenden Ruption: Gaj. II § 139 vergl. mit § 138. Ulp. 23. § 3 vergl. mit § 2. l. 29 § 12—15. D. de lib. 28. 2. — Eine Ausnahme in l. 6 § 1 D. de hered. inst. 28. 5 (bedingte Einsetzung).

[9]) Zum Folgenden Mühlenbruch S. 158—162. Schmidt S. 12—16.

[10]) Vergl. § 8 unter III, b und c.

[11]) Neben den Stellen der Anm. 2 sind zu vergleichen Ulp. 22. 15. 19. l. 29 § 1—12 D. de lib. 28. 2. l. 3 § 1 D. de injusto 28. 3.

[12]) Gaj. II. 138. 139. Ulp. 23. 3. § 1 J. quib. mod. testam. infirm. 2. 17.

2. Leibliche Kinder des Erblassers, welche bisher niemals dessen Gewalt unterworfen waren, können durch den Act der Legitimation in diese gelangen. Verwandt sind damit die Fälle der erroris causae probatio und des anniculus: hier erfolgt neben der Erlangung der Civität Eintritt der Kinder in die Stellung von sui des Erzeugers[13]). Wie die Legitimation unter Umständen noch nach dem Tode des Vaters (durch Rescript) erwirkt werden kann[14]), so konnte ein Kind durch anniculi oder erroris causae probatio nach dem Tode des Vaters die Rechte eines suus erlangen[15]).

3. Mit oder ohne Rechtsact können leibliche Kinder, welche aus der Gewalt des Vaters ausgeschieden waren, in diese und damit in die Stellung von sui zurücktreten. So auf dem Wege der Adoption leibliche Descendenten, welche früher durch Emancipation oder Hingabe in Adoption aus der Gewalt entlassen waren[16]). So bei den Römern der Haussohn, welcher nach der ersten oder zweiten Mancipation aus dem Mancipium entlassen wurde[17]), — so ferner der aus der Kriegsgefangenschaft zurückkehrende ehemalige suus[18]). Die Rechte des suus waren auf dem angegebenen Wege hier wie dort noch nach dem Tode des Gewalthabers wieder zu gewinnen[19]).

4. Aehnlich wie in dem soeben erwähnten Falle entsteht ohne Weiteres das Gewaltverhältniß, wenn der bisherige Haussohn, der mit seinem Kinde in der Gewalt des Großvaters gestanden hat, durch dessen Tod gewaltfrei wird. Hat nun ein solcher Haussohn ein militärisches Testament über das castrensische Vermögen errichtet und wird er dann gewaltfrei, nachdem das Testament mit Ablauf des Jahrs seit der Entlassung aus dem Kriegsdienst die Vorrechte des Soldaten=

---

[13]) Gaj. I. 29—32. 65—72 II. 142. 143. Collat. XVI. 2 § 4. 5.

[14]) Nov. 74 c. 2 § 1. Nov. 89 c. 10.

[15]) Gaj. I. 32. II. 142. 143. III. 5. Collat. XVI 3 § 7.

[16]) l. 23 pr. D de injusto 28. 3. l. 8 § 7 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

[17]) Gaj. II. 141. Ulp. 23. 3. Collat. XVI. 2 § 6. (Vergl. auch l. 8 D. de injusto 28. 3.)

[18]) § 4. J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 6 § 1 D. de injusto 28. 3. vergl. mit Collat. XVI. 3 § 7. (Die l. 10 verbunden mit l. 9 D. de injusto 28. 3 setzt gehörige Einsetzung oder Enterbung des zurückkehrenden Sohnes voraus und will bemerken, daß diese Verfügung für das mit der Rückkehr neu begründete Gewaltverhältniß wirksam bleibt. Vergl. *Cujac.* comm. ad. Dig. 28. 3 l. 9 cit. — op. ed. Neapol. I. 1083.)

[19]) Collat. XVI. 2 § 6; 3 § 7. § 4 J. cit.

testaments verloren hat, so kann die im Testament vorliegende Uebergehung des Kindes nicht mehr als Enterbung wirken, und darum rumpirt das Kind als nunmehriger suus das Testament [20]).

5. Endlich entsteht ein suus, wenn das bisherige Gewaltverhältniß über einen entfernteren Descendenten durch Wegfall seines inmitten stehenden Erzeugers zu einem unmittelbaren wird (Quasiagnation dessen, qui in sui heredis loco succedit [21]). Es ist begreiflich, daß ein solches Nachrücken nur dann die dem formellen Notherbenrecht entsprechende Stellung gewährt, wenn dasselbe vor dem Tode des Erblassers, somit vor dem Zeitpunkt stattfindet, in welchem, entgegen dem (ungültigen) Testament, die Delation der gesetzlichen Erbfolge einzutreten hat [22]). Denn die Anforderung, daß das Testament des Descendenten durch Einsetzung oder Enterbung gedenke, würde unerträglich sein, wenn sie die Berücksichtigung jedes Descendenten zum Inhalt nähme, in dessen Person sich noch längere Zeit nach dem Tode des Erblassers die beim suus bestehenden Bedingungen des unmittelbaren Gewaltverhältnisses erfüllten. Aus dem soeben Bemerkten ergibt sich auch, daß das, was hier in den Quellen als „in loco (locum) sui succedere" bezeichnet wird, vom Begriff der successiven Delation weit ab liegt. Eine solche kann niemals Folge des formellen Notherbenrechts sein, da suus nur ist, wer zum Erblasser bei dessen Tode in dem beschriebenen Gewaltverhältniß stand: vielmehr handelt es sich bei der gegenwärtigen Frage um Veränderungen, welche vor aller Delation liegen. — Mit Recht bemerkt Schmidt [23]), daß jene zeitliche Grenze in Wirklichkeit auch in dem Falle

---

[20]) l. 28 § 1 D. de lib. 28. 2. (Zu der Stelle Mühlenbruch S. 162 f.) Vergl. auch l. 33 § 3 verbunden mit § 1 D. de test. mil. 29. 1.

[21]) § 2. J. de exher. lib. 2. 13. l. 13 D. de injusto 28. 3.

[22]) l. 9 § 2 D. de lib. 28. 2. l. 6. pr. D. de injusto 28. 3. l. 7 pr. in f. D. si tab. test. null. 38. 6. Vergl. dazu l. 1 § 8 D. de suis 38. 16.

[23]) A. a. O. S. 13. Vergl. l. 9 § 2. l. 29 § 14. D. de lib. 28. 2. l. 6. § 1 D. de injusto 28. 3. Die Aeußerung in l. 9 § 2 cit. lautet: — diversumque est, si in hostium potestate filius sit et decesserit in eodem statu: rumpit enim his casibus nepos testamentum, quod moriente avo filii jus pependerit, non abscisum ut in superiore casu fuerit. In dem hier angedeuteten superior casus war Enterbung des Sohnes, der dann den Erblasser überlebt hatte, vorausgesetzt. Schmidt (S. 14 Anm. 31) findet es bei der Stelle unverständlich, daß der Enkel nachrücken solle, weil bei des Großvaters Tode das Recht seines kriegsgefangenen Vaters noch nicht abgeschnitten sei: er will deshalb mit A. Faber statt „*filii* jus" lesen „*illius* (st. nepotis) jus". Allein man wird das

gewahrt bleibt, wenn ein kriegsgefangener Sohn des Erblassers erst nach dessen Ableben in der Gefangenschaft stirbt und in Folge davon seinem Kinde die Rechtsstellung eines suus gegenüber dem Testament des Großvaters zugesprochen wird. Gilt doch der Kriegsgefangene, der nicht zurückkehrt, als im Zeitpunkt der Gefangennahme verstorben [24]).

3. Folgen der Präterition.

§ 4.

a. Einfluß auf die Geltung des Testaments im Allgemeinen.

Um das Wesen des civilen Notherbenrechts vollständig darzulegen, habe ich noch die Folgen der Präterition zu besprechen. Dies kann schon hier geschehen, wenngleich es feststeht, daß die Anforderungen in Ansehung der Einsetzung wie der Enterbung nicht bei allen Notherben die gleichen sind. (Vergl. die §§ 9 — 11.) Denn immer ist das Nichtbeachten dieser Anforderungen Präterition, und an diesen Begriff knüpfen sich die hier zu besprechenden Folgen. In's Auge zu fassen ist zunächst der Einfluß der Präterition auf das Testament im Ganzen, sodann betrachte ich (§ 5) den besonderen Fall, wo das Testament Substitutionen enthält. Es begegnet aber auch, daß schon die Möglichkeit einer Verletzung des Notherbenrechts Bedeutung gewinnt. Dies ist der Fall, wenn ein Postumus erwartet wird, der im Testament nicht genügend berücksichtigt ist: dadurch wird die Delation der testamentarischen Erbfolge beeinflußt. Ich spreche hiervon im § 6.

Die Geltung des Testaments wird durch die Präterition in verschiedenem Maße beeinträchtigt, je nach der Person des Notherben.

I. Haussohn, welcher von Anfang an vorhanden ist. Ist ein schon zur Zeit der Testamentserrichtung lebender Haussohn präterirt, so ist das Testament nichtig (inutile, injustum u. s. f. [1]). Die Juristenschulen stritten über den Zeitpunkt des Eintritts der Nichtigkeit: die

„abscisum fuerit" emphatisch zu nehmen, den obigen Satz so zu übersetzen haben: „Anders ist es, wenn der Sohn kriegsgefangen ist und in dieser Lage stirbt; denn hier rumpirt der Enkel das Testament, weil es bei des Großvaters Tode ungewiß war, ob dem Sohn überhaupt Erbberechtigung zukam, während im obigen Falle die an sich vorhandene Erbberechtigung durch die Enterbung abgeschnitten ist".

[24]) l. 18 D. de captiv. 49. 15.

[1]) pr. J. de exher. lib. 2. 13. l. 30 D. de lib. 28. 2. l. 3 § 3 D. de injusto 28. 3. Weitere Zeugnisse mit Nachweisen über den Sprachgebrauch der Quellen bei Schmidt S. 21 Anm. 52.

Sabinianer behaupteten, dieselbe bestehe von Anfang an, sie werde daher auch nicht gehoben, wenn der Sohn vor dem Vater sterbe, — die Prokulianer wollten nur dann Ungültigkeit und in deren Gefolge gesetzliche Erbfolge zulassen, wenn der Sohn den Erblasser überlebte [2]). Erstere Ansicht, namentlich auch der Satz von der Unheilbarkeit der Nichtigkeit hat die Billigung Justinian's gefunden [3]). Die Nichtigkeit erfaßt das Testament in seinem ganzen Umfange [4]).

II. Postumi [5]). Diese sind vor den Accrescenzerben in's Auge zu fassen, weil sie dem Haussohn im Wesentlichen gleich gestellt sind. Zwar vor dem Erscheinen des Postumus ist begreiflich das Testament gültig [6]); allein sobald dieser auftritt, rumpirt er es sofort — ohne Unterschied des Geschlechts oder Grades [7]) — selbst vor des Erblassers Tode [8]). Auch hier erstreckt sich die Nichtigkeit auf den ganzen Inhalt des Testaments [9]).

Vorläufig zu bemerken ist, daß in dem Falle, wo der Postumus vor dem Erblasser wieder verstarb, die Nichtigkeit zwar nach Civilrecht bestehen blieb, seit Hadrian aber dem eingesetzten Erben eine bonor. possessio secundum tabulas ertheilt wurde, welche regelmäßig cum re war [10]).

Ich unternehme jetzt die Erklärung der unter I und II ausgeführten Grundsätze. Schmidt findet es glaublich (Seite 21 Anm. 57), daß die Sabinianer zur Annahme der sofort vorhandenen Nichtigkeit, bei Präterition des Haussohns, durch das Vorbild des Rechts beim Postumus (unter II) geführt seien: in dem Satze „postumi adgnatione testamentum rumpi“ sei ja der Gedanke ausgeprägt, daß

---

[2]) Gaj. II. 123.

[3]) pr. J. cit. l. 7. 8 D. de lib. 28. 2.

[4]) So auch Vermächtnisse, Freilassungen, Enterbungen: l. 17 D. de injusto 28. 3. l. 32 D. de lib. 28. 2. — Vergl. Bluntschli S. 28—33. Schmidt S. 21 f.

[5]) Mühlenbruch 36 S. 344—348. Schmidt S. 9—11.

[6]) Ulp. 22. 18. § 1 J. de exher. lib. 2. 13. Vergl. auch die Gegenüberstellung in l. 8 D. de lib. 28. 2. l. 13 D. de injusto 28. 3.

[7]) Vergl. die Stellen der Anm. 6, außer l. 8. cit.

[8]) l. 3 § 3. l. 15 D. de injusto 28. 3. l. 2. 3 C. de postum. 6. 29.

[9]) § 1 J. cit. l. 1. C. de postum. 6. 29.

[10]) l. 12 pr. vergl. mit l. 15 D. de injusto 28. 3. l. 13 D. de doli exc. 44. 4. Vangerow II § 398 Anm. unter 5 a. § 473 Anm. unter 2 und das von uns im § 14 unter II Ausgeführte.

das Testament ungültig sei, sobald der suus existire. Ein solcher Zusammenhang scheint mir undenkbar. Die Annahme einer das Testament sofort bei seiner Errichtung ergreifenden Nichtigkeit liegt von vorn herein nahe, sie muß in der römischen Wissenschaft früh aufgetreten sein. Dagegen ist die Aufstellung einer nachträglich eintretenden Nichtigkeit, die doch noch bei Lebzeiten des Erblassers wirklich wird, sobald der Postumus noch in dieser Zeit erscheint, offenbar das Erzeugniß eines sehr geschulten Denkens: sie wird den Juristen der Kaiserzeit zugeschrieben werden müssen. Danach hat man dann umgekehrt die Behandlung der Nichtigkeit beim Postumus als Folgerung aus dem Recht beim Haussohne anzusehen.

Ich möchte aber auch nicht darauf verzichten, für die durch die Sabinianer zur Geltung gebrachte Auffassung unter I eine tiefere Begründung aufzusuchen. Wie in der Einleitung bemerkt wurde (S. 6), wird man die Grundsätze des Notherbenrechts, vor Allem des formellen, nicht auf ein dem Notherben ertheiltes subjectives Recht, sodern auf eine Beschränkung der Testirfreiheit zurückzuführen haben. Die Folgen einer Ueberschreitung der Beschränkung kann das Recht in verschiedener Weise bemessen; sehen wir doch grade im Notherbenrecht neben der Nichtigkeit, die das Civilrecht beim Haussohne und Postumus Platz greifen läßt, die verschiedensten Systeme zur Geltung kommen. (Vergl. § 1.) Allein wo man sich für absolute Nichtigkeit entschied — und diese entspricht offenbar am meisten dem Wesen des Civilrechts —, da mußte man auch das Testament vom Augenblick seiner Errichtung ab, beim Postumus sofort mit dessen Erscheinen, als nichtig behandeln. Denn die Beschränkung der Testirfreiheit fand jetzt das nächste Vorbild an der fehlenden Testirfähigkeit. Nun erzeugt die vom Anfang an fehlende Fähigkeit zur Errichtung eines Testaments sofortige Nichtigkeit[11]), und diese kann durch nachträglich erlangte Fähigkeit nicht geheilt werden[12]). Weiter verliert aber auch das Anfangs zu Recht bestehende Testament seine Gültigkeit sofort und noch

---

[11]) Ich wähle Stellen über die Unfähigkeit der Hauskinder: pr. J. quib. non est perm. 2. 12. l. 6 pr. l. 16 pr. D. qui test. fac. 28. 1. l. 3 § 1. l. 11 C. eod. 6. 22.

[12]) Modest. l. 19 D. qui testam. 28. 1. Si filius familias — tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filius familias sui juris — factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit. pr. J. cit. in f. l. 1 § 8 D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11.

bei Lebzeiten des Erblassers, sobald dieser in der Folge die zur Erbesernennung erforderliche Rechtsfähigkeit verliert[13]). Demnach läßt sich nur von einer consequenten Ausbildung des Rechts reden, wenn alle diese Sätze, wie unter I und II gezeigt wurde, im civilen Notherbenrecht wiederkehren.

Oben wurde bemerkt (im Text bei Anm. 10), daß die bonor. poss. secundum tabulas des Testamentserben nach einem Rescript von Hadrian regelmäßig cum re war, wenn dem Erblasser zwar bei Lebzeiten ein Postumus geboren wurde, dieser aber vor dem Erblasser wieder starb. Es verdient hervorgehoben zu werden, daß auch hier ein mindestens verwandter Satz in der Lehre von der Testirfähigkeit, genauer beim testamentum irritum, wiederkehrt. Ist der Erblasser nach aufgerichtetem Testament im Wege der Arrogation in die Gewalt eines Andern getreten, demnächst aber wieder gewaltfrei geworden, und hat er nun erklärt, daß das Testament in Geltung bleiben solle, so behauptet der zur bon. poss. secundum tabulas gelangte Testamentserbe das Vermögen gegenüber dem gesetzlichen Erben[14]). Den Streit darüber, ob das Erforderniß einer Erklärung des Erblassers, wie ich sie beschrieben habe, auf den Fall zu beschränken ist, wo derselbe den Verlust der Rechtsfähigkeit willkürlich herbeigeführt hat[15]), lasse ich unberührt: für unsre Untersuchung genügt der Nachweis, daß selbst bei der hier erwähnten speciellen Frage, die im Notherbenrecht durch kaiserliches Rescript geregelt ist, ein verwandter Gedanke in der Lehre von der Testirfähigkeit wiederkehrt.

III. Accrescenzerben[16]). Ich kehre zurück zu den im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments lebenden Notherben. Unter diesen sind die Töchter sowie die entfernteren Descendenten beiderlei Geschlechts ungünstiger gestellt, als der Haussohn[17]). Die Quellen äußern über

---

[13]) § 4 J. quib. mod. test. infirm. 2. 17. l. 6 § 5—13 D. de injusto 28. 3. l. 4. § 5 C. de haeret. 1. 5.

[14]) So Papin. l. 11 § 2 D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11.

[15]) Vergl. wegen dieser Frage einerseits Vangerow II § 458 Anm., andererseits Windscheid III § 563 unter 1. Bei Beiden ist die weitere Literatur angegeben.

[16]) Vergl. Bluntschli S. 36—43. Mühlenbruch 36 S. 338—344. Schmidt S. 22—25.

[17]) Ueber den Grund (Entstehung der Rechtsregel zu einer Zeit, welche den Sohn als künftigen Vertreter der Familie begünstigte), — insbesondere gegen die Annahme einer Abhängigkeit der vorliegenden Rechtsbildung von den Bestimmungen der lex Voconia: Schmidt S. 23 f. Anm. 63.

sie, daß sie den im Testament gerufenen Erben anwachsen (in partem — ad certam portionem — adcrescunt), sie betonen dabei, daß das Testament in Geltung bleibt [18]). Und doch sollen sie, wie noch zu besprechen ist, wirkliche Erbtheile erhalten: wie ist also das Rechtsverhältniß zu bestimmen? Man hat mit Recht bemerkt, daß in Wahrheit eine gesetzliche Erbfolge vorliegt, welche sich mit der testamentarischen mischt, — daß der Ausdruck der Quellen, wonach jene Erben so angesehen werden, als wären sie eingesetzt, eine zur Schonung des letzten Willens (Erhaltung der Vermächtnisse [19]) — für den übrigbleibenden Bruchtheil auch der Erbeseinsetzungen) herangezogene Fiction darstellt [20]). Indessen ist es geboten, daß man diese logisch wie juristisch allein haltbare Auffassung streng fest hält; namentlich darf nicht gesagt werden, der Notherbe habe auch dann gleich einem Testamentserben die Legate zu leisten, wenn der eingesetzte Erbe nicht erwirbt [21]). Mit jener Fiction soll ja nur erreicht werden, daß die Vermächtnißnehmer nicht durch den Zutritt des Notherben in Schaden kommen; verlieren sie dagegen nach regelmäßigem Recht ihre Ansprüche durch das Destitutwerden des Testaments, so liegt es gewiß nicht im Sinne der Fiction, ihnen durch Anweisung auf den Accrescenzerben einen Zuwachs zur ursprünglichen Berechtigung zu gewähren. — Daß die Accrescenzerben ipso jure erwerben, folgt aus ihrer Eigenschaft als sui heredes [22]).

Die Quellen weisen diesen Erben neben eingesetzten sui einen Kopftheil zu, neben extranei die Hälfte [23]). Hat man diese Erbfolge, wie wir behaupten, als gesetzliche zu bestimmen, so ergibt sich, daß im ersten Fall jeder Accrescenzerbe eine gesonderte Virilportion, nur

---

[18]) Vergl. namentlich Gaj. II. 124. pr. J. de exher. lib. 2. 13. et ib. Theophil. lex Rom. Burgund. 45. Nur in einer Aeußerung Justinian's — l. 4 pr. C. de lib. praet. 6. 28 — wird der entgegengesetzte Gedanke angeschlagen: — ut eodem momento et testamentum patris *quodammodo ex parte* jure adcrescendi *evertat*, et ipsa quasi scripta legatis supponeretur (sc. filia praeterita) —.

[19]) l. 4 pr. C. cit.

[20]) Hartmann, über die querella inofficiosi testamenti S. 8 Anm. 2. Schmidt S. 24 Anm. 64.

[21]) Darin geht zu weit Schmidt a. a. O. Anm. 65.

[22]) Schmidt S. 24.

[23]) Gaj. cit. Ulp. 22. 17. Theophil. ad pr. J. laud. Gaj. Visigoth. II. 3. 1. Nov. Major. tit. VI (de sanctimon.) § 3, bei Haen. p. 309. lex Rom. Burgund. cit.

die Enkel aus Einem Stamm eine gemeinschaftliche zu fordern haben [24]). Sind neben einander Notherben und extranei zu Erben ernannt, so entzieht der Accrescenzerbe den Einen wie den Andern die vorhin bezeichneten Quoten [25]). — Uebrigens hat Justinian schon vor Erlaß der Nov. 115 dieses eigenthümliche Recht für Töchter und entferntere Descendenten aufgehoben [26]).

§ 5.

b. Einfluß auf die Geltung des Testaments beim Vorhandensein mehrerer Grade *).

Der Einfluß der Präterition eines Notherben wird verwickelter, wenn das Testament Substitutionen enthält; hier knüpft die Frage der Gültigkeit an den einzelnen Grad an. Zu unterscheiden sind die im Augenblick der Testamentserrichtung lebenden Notherben und die Postumi.

I. Lebende Notherben. Das Rechtsverhältniß der Töchter und Enkel, wie es vor der l. 4 C. de lib. praet. 6. 28 lag, ist mit wenigen Worten zu erledigen. Da die Uebergehung derselben im einzelnen Grade für keinen Theil des Testaments Nichtigkeit begründet, so kann sich das Accrescenzrecht nur geltend machen, wenn die Delation an den bestimmten Grad gelangt ist, in Bezug auf welchen Präterition besteht, — somit bei gültiger Enterbung im ersten, Uebergehung im folgenden Grade nur dann, wenn es feststeht, daß ein Erbschaftserwerb im ersten Grade nicht erfolgt. Schon dann aber muß der einzelne Grad nach den Grundsätzen über fehlerhafte Enterbung (§ 12 unter III. B.) vom Accrescenzrecht ergriffen werden, wenn der Notherbe nicht von allen gleichzeitig berufenen Erben enterbt ist [1]).

Ist aber der Notherbe in einem Grade eingesetzt, so kann es

---

[24]) Dafür namentlich Bluntschli, der sich S. 38 f. mit Recht auf die Worte des Theophilus beruft. — Ueber den Fall der Einsetzung von Notherben zu ungleichen Erbtheilen Schmidt Anm. 69.

[25]) Paul III. 4[b] § 8. Folgeweise erhält der Accrescenzerbe mehr als den gesetzlichen Erbtheil. Vergl. Mühlenbruch S. 341—343. — Eine singuläre Bestimmung in fragm. de jure fisci § 11.

[26]) l. 4 § 1 C. de lib. praet. 6. 28.

*) Francke S. 77—86. Mühlenbruch 36 S. 433—454. Vangerow II § 470 Anm. unter I. Schmidt S. 22 bei Anm. 62. S. 38. 39. S. 54 Anm. 160 a. E. Leist, Forts. III S. 87. S. 97—101.

[1]) So schon Schmidt S. 54 Anm. 160 unter b.

zu einer Accrescenz gegenüber einem folgenden Grade überall nicht kommen [2]).

Andere Grundsätze machen sich beim Haussohn geltend. An die Spitze zu stellen ist der Satz, daß jeder einzelne Grad eine die ganze Erbschaft umfassende Nachfolge bezweckt, — ein Umstand, um dessen willen eine in solchem Sinne angeordnete Substitution meist bei der Frage der Verletzung des Notherbenrechts gesondert in's Auge gefaßt wird. Der einzelne Grad unterliegt regelmäßig den Folgen der Präterition, wie sie für ein Testament gelten, das nur einen wenn auch bedingten Grad der Einsetzung enthält: bei Uebergehung eines Haussohnes ist der einzelne Grad von Anfang an nichtig [3]). Wenn indessen der Sohn im ersten Grad eingesetzt ist, so braucht seiner bei den folgenden Graden nicht gedacht zu werden [4]), und Gleiches muß im Fall seiner Bedenkung durch Substitution in Anwendung auf alle noch hinter dieser stehenden Grade gelten. Da ferner der Sohn unter einer von seinem Willen abhängigen Bedingung eingesetzt werden darf, so schützt auch eine solche Einsetzung die späteren Grade gegen die Folgen der Präterition [5]).

Einen Augenblick ist bei dem soeben Besprochenen stehen zu bleiben. Wenn, wie ausgeführt wurde, die Einsetzung des Notherben in einem Grade die folgenden Grade frei macht, so beruht dies darauf, daß vom Standpunkt des formellen Notherbenrechts jede formell gültige Einsetzung genügt, mag der Erbtheil noch so klein sein. Anders ist es im Pflichttheilsrecht. Lag hier in dem Grade, welcher vorerst an der Reihe war, Einsetzung des Notherben auf einen unzulänglichen Erbtheil vor, so konnte ein solcher Erbe nach classischem Recht ausschlagen und gegen die etwa antretenden Miterben mit der Querel vorgehen; erwarben aber auch diese nicht, so trat an den zweiten Grad die gleiche Frage heran, ob bei ihm der Pflichttheil gewährt sei. War dies nicht geschehen, so konnte der

---

[2]) Arg. l. 14 § 1 D. de lib. 28. 2. l. 4 § 2 D. de her. inst. 28. 5. Dazu das im Text bei Anm. 3 und 4 Bemerkte.

[3]) l. 14 § 1 cit. Paul. l. 43 § 2 D. de vulg. 28. 6: — eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti —.

[4]) Afric. l. 14 § 1 cit.: — nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exheredari —.

[5]) Ulp. l. 4 § 2 D. de her. inst. 28. 5: — opinamur igitur filium, si sit institutus sub ea condicione et (sub condicione et ea? ed. Momms.) sit in ejus potestate, non indigere exheredatione a sequentibus gradibus —.

im ersten Grade Eingesetzte trotz seines Ausschlagens zur Querel gegen die Substituten greifen. Daß wir in den Quellen kein vom Theilerben handelndes Zeugniß dieses Inhalts finden, erklärt sich aus Justinian's Vorschrift über die Ergänzungsklage (l. 30 C. de inoff. test. 3. 28). Wohl dagegen ist in einer Stelle der Fall behandelt, wo der Pflichttheilsberechtigte zum Alleinerben eingesetzt und durch (an sich unanfechtbare) testamentarische Freilassungen im Pflichttheil verkürzt ist; Ulpian's Entscheidung entspricht dem soeben Ausgeführten: der Notherbe kann ausschlagen, die Erbschaft an den Substituten bringen und gegen diesen die Querel erheben[6]).

Den obigen Satz, daß der einzelne den Sohn übergehende Grad nichtig ist, führen die Quellen näher dahin aus. Ist der Sohn im ersten Grade übergangen, im zweiten enterbt oder auch — was bei unsrer Frage zu dem gleichen Ergebniß führt — zum Erben eingesetzt, so ist der erste Grad nichtig, die Erbfolge findet auf Grund des zweiten Grades statt[7]). Liegt umgekehrt Enterbung im ersten, Präterition im zweiten Grade vor, so ist letzterer Grad von Anfang an nichtig, die Substituten bleiben daher selbst dann von der Erbfolge ausgeschlossen, wenn der an erster Stelle (gültig) gerufene Testamentserbe nicht erwirbt, der enterbte Sohn aber noch vor erfolgter Entscheidung über den Erwerb dieses Erben stirbt[8]).

II. Die Postumi. Dem, was im § 4 unter II bemerkt wurde (S. 15), entspricht es ohne Weiteres, daß bis zum Erscheinen des Postumus jeder Grad, auch wenn in ihm der Postumus keine Berücksichtigung gefunden hat, vollkommen gültig ist, daß aber der Postumus sofort mit seinem Erscheinen den einzelnen Grad, bei wel-

[6]) So l. 8 § 9 D. de inoff. 5. 2. Die Stelle hat einen emancipirten Sohn im Auge; der Haussohn erwarb ja ipso jure, und darum blieb ihm die angedeutete Hülfe versagt. Näheres über die Stelle im § 38 unter II; zu vergleichen ist etwa noch die vom patronatischen Pflichttheilsrecht handelnde l. 41 D. de bon. libert. 38. 2.

[7]) l. 3 § 6 D. de lib. 28. 2. l. 75 D. de her. inst. 28. 5. l. 43 § 2 D. de vulg. 28. 6. — Die l. 3 § 6 cit. deutet durch ihre Fassung an, namentlich durch die Berufung auf die Sabinianer Sabinus, Cassius und Julian, daß auch der Satz des Textes in den Meinungsstreit bei Gaj. II. 123 hineingezogen war. Vergl. Francke S. 81. Schmidt S. 22 Anm. 62.

[8]) l. 8 D. de lib. 28. 2. Vergl. auch die vom Postumus handelnde l. 4 D. de injusto 28. 3. (In der Stelle wird man hinter „primo gradu scriptis heredibus" die Worte „nato postumo" einzuschieben haben. Vergl. *Cujac.*, comm. ad Dig. 28. 2 l. 8. — I. 1059. Uebereinstimmend die Ausgabe von Mommsen.)

chem Präterition vorliegt, vernichtet[9]). In dieser Weise wird der den Postumus übergehende Grad auch dann durch das Erscheinen des Postumus getroffen, wenn die Erben unter einer noch schwebenden aufschiebenden Bedingung gerufen sind[10]). Ist freilich die Bedingung in jenem Zeitpunkt schon ausgefallen, so läßt sich von einer Ruption des ohnedies hinfällig gewordenen Grades nicht reden[11]). Da ferner die Substitution bedingte Einsetzung ist, so ergibt sich aus dem soeben Gesagten, daß spätere Grade, bei welchen der Postumus übergangen ist, sofort vernichtet werden, auch wenn den Substituten noch nicht deferirt ist[12]). Nur für den Fall ist nach den Ausführungen unter I eine Ausnahme anzuerkennen, wo der Postumus im voraufgehenden Grade gehörig eingesetzt ist[13]).

Neben diesen Grundsätzen bieten die Quellen eine auf den ersten Blick auffällige Folge der Präterition: vernichtet der Postumus mit seinem Erscheinen einen verletzenden Grad, so rumpirt er regelmäßig zugleich alle nachfolgenden Grade, — auch solche, bei denen Uebergehung nicht vorliegt[14]). Bevor eine Erklärung dieser Erscheinung versucht werden kann, sind die einzelnen Anwendungen und anderes daran anknüpfendes Material der Quellen mitzutheilen.

a. Der Postumus ist im ersten Grade übergangen, im zweiten enterbt. Ist hier der erste Grad schon beim Erscheinen des Postumus weggefallen, so trifft dieser von vorn herein nur auf den wegen der Enterbung gültigen Grad. Wo aber in jenem Augenblick die Frage des Erbschaftserwerbs auf Grund des ersten Grades noch unentschieden ist, wird in Anwendung des erwähnten eigenthümlichen Grundsatzes mit dem ersten Grade auch der zweite beseitigt[15]).

---

9) l. 8 cit. Näheres über die Stelle in Anm. 17.

10) Ulp. l. 5 D. de injusto 28. 3. Nam et si sub condicione sit heres institutus quis, a quo postumus non est exheredatus, tamen pendente condicione (nato postumo ins. *Momms.*) rumpitur gradus, ut et Julianus scripsit. —

11) l. 5 cit.

12) l. 14 pr. D. de lib. 28. 2. l. 3 § 6 D. de injusto 28. 3.

13) l. 14 § 1 D. de lib. 28. 2.

14) l. 5 D. cit. — Vergl. die Worte in Anm. 22.

15) l. 5 cit. (Schluß der Stelle): — sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit, totum testamentum ruptum est: nam tollendo primum gradum sibi locum faciet.

Dies gilt auch dann, wenn der an erster Stelle Eingesetzte unter einer suspensiven Bedingung gerufen ist[16]).

b. Der Postumus ist im ersten Grade enterbt, im zweiten übergangen. Daß derselbe den ersten Grad (regelmäßig) bestehen läßt, während er den zweiten mit seinem Erscheinen rumpirt, entspricht den vorhin (Eingang von II) dargestellten allgemeinen Grundsätzen wie dem Recht beim Haussohn unter I[17]). Steht jedoch hinter zwei Graden des angegebenen Inhalts ein dritter, bei welchem der Postumus wieder enterbt ist, so soll dessen Erscheinen nicht

---

[16]) l. 5 cit. Hier heißt es im Anschluß an die Worte in Anm. 10: sed et si sit ei (sc. heredi sub condicione instituto) substitutus quis, etiam deficiente condicione primi gradus non admittetur substitutus, a quo postumus exheredatus (non del. Momms.) est. Das „non" streichen mit Recht Francke S. 82 Anm. 26. Vangerow II § 470 unter I a. E. Für die Beibehaltung Mühlenbruch S. 452 f. Allein auch wenn man nicht mit Francke betonen will, daß die Stelle nach der Lesart der Florentiner Handschrift zu einem unstatthaften Schluß vom Gegentheil führt, so bleibt doch wahr, daß sie ohne die Veränderung eine Trivialität aussprechen würde. Das „etiam deficiente condicione" ist dahin zu verstehen, daß die Bedingung nach dem Auftreten des Postumus ausfällt. Fiele sie früher aus, träfe also der Postumus gar nicht auf den ersten Grad, so wäre die Substitution gültig.

[17]) l. 8 in f. l. 14 pr. init. D. de lib. 28. 2 l. 3 § 6 D. de injusto 28. 3. — Zu l. 8 cit. ist zu bemerken: a. In dem hier allein interessirenden Schlußsatze ist statt „ut natus vivo *patre*" (a quo exheredatus sit, moriatur) zu lesen: „ut natus vivo *primo*" (a. qu. e. s. m.). So *Cujac.* comm. ad Dig. 28. 2 h. l., op. I. 1059 f., neuerdings Francke S. 78 f. Mühlenbruch S. 440 ff. Vangerow II § 470 Anm. I B. 2. Schmidt S. 38 Anm. 108. Dagegen will die Ausg. von Mommsen unter Zustimmung von Leist Forts. III S. 100 Anm. 14 hinter „vivo patre" einrücken „moriatur, deinde ante aditionem is" (a. qu. e. s. m.). Dies scheint mir weder dem Parallelismus der zwei Rechtsfälle in l. 8 cit. Rechnung zu tragen, noch die sachlichen Bedenken von Cujaz zu beseitigen. b. Die Schlußworte „quoniam cum est natus filius loco ejus est qui superstes est" sagen bestimmt (Mühlenbruch S. 441): dem Postumus steht von seinem Erscheinen an die Rechtsstellung des Sohnes zu, der schon bei der Testamentserrichtung lebte. Leist (a. a. O.) widerspricht; die Worte sollen sagen: „wenn der Postumus überhaupt geboren ist, so ist er gleich dem postumus, der den Eintritt des verletzenden Grades erlebt". Gewiß mit Unrecht. Die Gegenüberstellung gegen den bei Errichtung des Testaments lebenden Sohn, im Eingang der Stelle, weist klar auf den Gedanken hin: mit seiner Geburt hat der Postumus die Rechte eines solchen Sohnes, er vernichtet also den ihn übergehenden Grad sofort, auch wenn dieser noch nicht an der Reihe ist. — Zu vergleichen ist etwa mit der obigen Wendung l. 231 D. de V. S. 50. 16.

allein den zweiten, sondern auch den dritten Grad vernichten[18]). Das ist eine weitere Anwendung des erwähnten eigenthümlichen Rechtssatzes über den Postumus.

Der Vollständigkeit wegen sind hier noch zwei Entscheidungen anzuknüpfen, die sich gleichfalls auf den in Frage stehenden Fall beziehen, wo der Postumus im ersten Grade enterbt, im zweiten übergangen ist. Sind in einem solchen Falle im ersten Grade mehrere Erben gerufen, so wird der Zeitpunkt wichtig, in welchem der Postumus erscheint. Erfolgt dies, bevor einer der im ersten Grade Eingesetzten weggefallen ist, so wird die Substitution vernichtet, und deßhalb wächst der Theil eines in der Folge ausfallenden Delaten des ersten Grades den neben diesem im Testament Gerufenen an, mit Ausschließung des Postumus[19]). Ist dagegen schon vor dem Erscheinen des Postumus einer der Erben des ersten Grades ausgefallen, bevor er erworben hatte, ist demnach in dessen Stelle für die Berufung aus dem Testament der Substitut eingetreten, so findet sich der Postumus bei seinem Erscheinen von einzelnen der jetzt neben einander stehenden Testamentserben enterbt, von andern nicht. Diese ungültige Enterbung aber führt zur gänzlichen Vernichtung beider Grade[20]).

Die zuletzt (bei Anm. 19 und 20) erörterten Aussprüche der Quellen erklären sich leicht. Die in l. 14 pr. D. de lib. 28. 2 enthaltene Entscheidung besagt nur, daß zwar bis zum Erscheinen des Postumus das Testament in allen Graden gültig ist, daß aber in diesem Zeitpunkt sofortige Vernichtung des verletzenden Grades eintritt. In der Entscheidung der l. 19 pr. cit. verbindet sich der erste dieser beiden Sätze mit der in § 12 zu besprechenden Regel, daß eine auf

---

18) l. 14 pr. D. de lib. 28. 2. Die Worte werden unten in Anm. 23 mitgetheilt.

19) l. 14 pr. cit. in f. — si alter ex institutis omiserit, quamvis postumus excludatur (sc. jure adcrescendi), non tamen magis substitutum admitti. Vergl. zu der Stelle Mühlenbruch S. 445—447. 449—451.

20) l. 19 pr. D. de injusto 28. 3. (Mit Rücksicht auf den in dieser Stelle enthaltenen, oben im Text dargelegten Grundsatz können die mehreren im ersten Grade eingesetzten Erben nicht anders als gleichzeitig antreten: l. 19 § 2 D. eod.) — Ueber das Ganze vergl. Mühlenbruch, welcher zuerst (S. 440—451) diese Lehre befriedigend entwickelt hat; dazu Vangerow II § 470 Anm. I. B.

einzelne eingesetzte Erben und damit auf deren Erbtheile beschränkte Enterbung ungültig ist.

Die eigentliche Schwierigkeit unsrer Lehre besteht in der Aufgabe, den schon oben bei Anm. 14 hervorgehobenen Grundsatz zu erklären, daß der Postumus, sobald er einmal einen ihn verletzenden Grad vernichtet, auch alle nachfolgenden Grade beseitigt, wenngleich bei diesen keine Uebergehung vorhanden ist [21]). Anwendungen sind die im Text unter a. bei Anm. 15 und 16 aus l. 5 pr. D. de injusto 28. 3, unter b. bei Anm. 18 aus l. 14 pr. D. de lib. 28. 2 mitgetheilten Entscheidungen. Was sich in der Litteratur an Aeußerungen über die Begründung des Satzes findet, kann nicht befriedigen. Während Schmidt (S. 38) sich damit begnügt, den Satz natürlich zu finden, nennt ihn Leist (S. 100 f.) einen merkwürdigen Satz, der offenbar ein festgehaltener Ueberrest des alten Ruptionsrechts sei. Wenn ich die Aeußerung nicht mißverstehe, so nimmt sie an, die alte Regel „postumi adgnatione testamentum rumpi" habe die ausgedehnte Bedeutung, daß mit jedem vom Postumus bei seinem Erscheinen vorgefundenen fehlerhaften Grade auch die folgenden Grade rumpirt würden. Nun ist aber jene Regel selbst nur Erzeugniß der Jurisprudenz: darum bleibt die Frage stehen, warum man einen so eigenthümlichen Grundsatz ertrug, wenn es ihm an innerer Begründung fehlte. Zudem findet weder Ulpian, indem er die Regel vorträgt [22]), noch African, indem er eine Anwendung derselben bespricht [23]), etwas Auffälliges an ihr zu bemerken. — Mühlenbruch [24]) nimmt die von einer Reihe älterer Schriftsteller aufgestellte Erklärung auf;

---

[21]) Die Frage, ob der Grundsatz auch für solche nachstehende Grade gilt, welche eine gültige Einsetzung des Postumus enthalten, wird am Schlusse dieser Erörterung beantwortet werden.

[22]) Ulp. l. 5 cit.: — rumpendo autem testamentum *sibi locum facere postumus solet,* quamvis filius sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere. (An diese Worte fügt sich der Schlußsatz in Anm. 15 unmittelbar an.)

[23]) Afric. l. 14 pr. cit.: — itaque si a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus, a tertio exheredatus sit (sc. postumus) et viventibus primis et deliberantibus decedat, quaeri solet omittentibus primis aditionem utrum ad eos, qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos heredes pertineat hereditas. quo et ipso casu rectius existimari putavit ad legitimos eam pertinere. —

[24]) A. a. O. S. 447 f. Frühere Vertreter der Ansicht das. Anm. 94.

sie ist diese: Uebergehung der lebenden Söhne erzeugt unbedingte Nichtigkeit des Grades, von welchem dieselben präterirt sind, — folglich wird nur der gültige Grad beachtet. Der Postumus dagegen rumpirt ein an sich gültiges Testament; da nun durch die Agnation des Postumus ein Testament seinem ganzen Inhalt nach zerstört wird[25]), so können auch die folgenden Grade nicht bestehen bleiben, wenngleich in Ansehung ihrer der Postumus gehörig enterbt sein sollte. Damit wird handgreiflich idem per idem erklärt, es soll ja grade gesagt werden, warum mit dem verletzenden Grade auch die folgenden vernichtet werden.

Francke (S. 81) geht gleichfalls vom Gegensatz zum Recht beim lebenden Haussohn aus. Während bei Letzterem — so führt er aus — Nichtigkeit der Erbeseinsetzung von Anfang an bestehe, sei das Testament beim Postumus von Anfang an gültig errichtet, dieser hebe erst dadurch, daß er später Notherbe werde, den ersten Grad auf: da nun dieser Grad nur durch das Einrücken des Postumus aufgehoben werde, so müsse der Postumus auch selbst zur Erbschaft zugelassen werden[26]). — Hierin scheint eine petitio principii zu liegen: ist es denn ohne Weiteres ausgemacht, daß der einzelne Grad durch das Einrücken des suus beseitigt wird? Ist nicht vielmehr der Causalzusammenhang umgekehrt der: der Postumus rückt nur ein (kraft gesetzlicher Erbfolge), weil alle Grade fallen? Hat diese Auffassung Recht, so muß der Grund der Beseitigung des ganzen Testaments anderswo liegen. — Indessen glaube ich doch, daß Francke's Bemerkungen eine richtige Anschauung enthalten, für die nur der tiefere Grund anzugeben ist. Um meine Ansicht darzulegen, muß ich vorwegnehmen, was im § 7 (unter IV) über die geschichtliche Begründung der Regel des Notherbenrechts, daß der Erblasser seine sui zu Erben einsetzen oder enterben muß, ausgeführt werden soll. Nach meiner Ueberzeugung hat diese Regel zwar verhüten sollen, daß das Testament einzelne sui dem wahren Willen des Erblassers zuwider stillschweigend ausschlösse; allein um dem mit der Regel gegebenen

---

[25]) Citirt werden l. 1 in f. C. de postum. 6. 29. l. 15 in f. D. de injusto 28. 3, — Stellen, in denen von einer Mehrheit von Graden nicht gehandelt wird. Der von Mühlenbruch hervorgehobene Satz selbst wird übrigens nicht uneingeschränkt von den Römern aufgestellt. Vergl. l. 3 § 6 D. eod.

[26]) Eine ähnliche Auffassung dürfte den Bemerkungen von Arndts, civil. Schriften II S. 567 a. E. zu Grunde liegen.

Angriff auf die hergebrachte Testirfreiheit Anerkennung zu verschaffen, nahm man den Satz zu Hülfe, daß die sui als testamentarische wie gesetzliche Erben die Erbschaft *ipso jure* erwerben: eben damit vermochte man die Anforderung zu begründen, daß das Testament den nicht zum Erben eingesetzten suus durch Enterbung beseitigen müsse. Von hier aus aber mußte man, seit man anfing die Regel des Nothherbenrechts auch auf den postumus suus anzuwenden, dazu gelangen, daß man den Postumus, sobald er bei seinem Erscheinen auf einen fehlerhaften Grad traf, nicht allein diesen Grad beseitigen, sondern auch der eignen Erbberechtigung Raum verschaffen ließ: eben darin lag das Zusammenfallen aller folgenden Grade.

Man wird einwerfen, daß meine Erklärung nicht auf den Postumus paßt, welcher schon bei Lebzeiten des Erblassers erscheint: bei diesem kann doch nicht an ein sofortiges Wirksamwerden der eignen Erbberechtigung gedacht werden. Allein darauf ist zu entgegnen, daß die Grundsätze über die Einsetzung der Postumi ohne Frage von den nach des Erblassers Tode zur Welt kommenden Nachgebornen ausgegangen sind. So zunächst von den s. g. postumi legitimi, Descendenten, welche, wenn sofort nach der Testamentserrichtung geboren, sofort sui gewesen wären, — so ferner von den s. g. postumi Aquiliani d. h. solchen entfernteren Nachkommen von zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Descendenten, welche auf den Fall eingesetzt wurden, daß die Letzteren vor dem Erblasser wegfielen [27]). An diesen ältesten Fällen aber wird sich der Satz gebildet haben, daß in Folge des Erscheinens des übergangenen Postumus alle Grade ungültig werden; seine spätere Uebertragung auf die vor dem Tode des Erblassers auftretenden Postumi erklärt sich dann aus dem Bedürfniß, für alle Postumi gleiches Recht zu schaffen. — Auf eben diese Weise läßt sich auch wohl das Bedenken beseitigen, daß zufolge der hier zu erklärenden Regel die späteren Grade auch dann sofort hinfällig werden, wenn der Postumus bei seinem Erscheinen auf einen nächsten Grad trifft, der ihn in gültiger Weise ausschließt [28]). Derartige verwickeltere Fälle werden die Aufmerksamkeit der Jurisprudenz erst auf sich gezogen haben, als die Regel, der bestimmt ein hohes Alter zukommt, längst in allgemeiner Geltung stand.

---

[27]) Ulp. 22. 19. l. 29 pr. D. de lib. 28. 2. — Näheres im § 8; einstweilen ist zu vergleichen Vangerow II § 468 Anm. 1 unter 1 und 2.

[28]) Vergl. die Stellen der Anm. 12.

Für die hier vertheidigte Ansicht spricht es, wenn in den Quellen betont wird, daß der Postumus durch die Ruption die eigne Erbberechtigung zur Geltung bringe[29]).

Uebrig ist die Frage, ob auch dann das ganze Testament von der Ruption ergriffen wird, wenn unter den späteren Graden sich ein solcher befindet, bei welchem eine gehörige Einsetzung des Postumus vorliegt[30]). Bei der Art, wie wir den Grund der Regel bestimmt haben, müssen wir auch einen derartigen Grad unwirksam werden lassen. Denn wenn in jener Regel der Gedanke zu Tage tritt, daß der Postumus den einzelnen Grad vernichtet, um selbst als gesetzlicher Erbe einzutreten, so ist damit die Möglichkeit abgeschnitten, daß ihm aus der Substitution deferirt werde.

§ 6.

c. Rechtliche Wirkungen der Möglichkeit demnächstiger Vernichtung des Testaments durch einen Postumus*).

Der Umstand, daß ein Postumus zu erwarten ist, den der Erblasser nicht nach Vorschrift des Notherbenrechts im Testament berücksichtigt hat, dessen Erscheinen demnach das Testament vernichten würde, bewirkt allgemein ein Hinderniß der Delation der testamentarischen Erbfolge. Voraussetzung ist dabei, daß die Frau, welche den künftigen Notherben zur Welt bringen soll, wirklich schwanger ist: eben dies begründet, wie man in neuerer Zeit mit Recht betont hat[1]), den Unterschied des uns allein interessirenden objectiven Delationshindernisses und eines verwandten subjectiven Erwerbshindernisses. Letzteres liegt vor, wenn ein Erbe,

---

[29]) Ulp. l. 5 D. de injusto 28. 3: — rumpendo autem testamentum *sibi locum facere postumus solet.* — Afric. l. 14 pr. D. de lib. 28. 2: secundum tamen gradum vitiari placet *ad hoc, ut praetermittentibus institutis ipse heres existat.* —

[30]) Die Ansichten gehen hier auseinander. Vangerow II § 470 I B. 3 läßt auch den Grad wegfallen, in welchem der Postumus als Substitut erscheint; er behandelt die Regel von der Ruption des ganzen Testaments als eine allgemeine. — Mühlenbruch meint (S. 453. 454), nach strenger Consequenz müsse auch die Einsetzung des Postumus fallen; unverständlich bleibt dabei, wie es von Mühlenbruch als eine Sache freier Entscheidung behandelt wird, ob der Postumus von seinem Intestaterbrecht Gebrauch machen wolle. — Leist, Forts. III S. 101 Anm. 15 nimmt Aufrechthaltung der Substitution an.

*) Francke S. 86—96. Schmidt S. 9—11.

[1]) So zuerst Schmidt a. a. O.

der nur durch Willenserklärung erwerben kann, sich in Irrthum oder Unkenntniß rücksichtlich der Thatsache der Schwangerschaft einer Frau befindet, welche einen das Testament vernichtenden oder auch nur einen ihm selbst (dem Erben) vorgehenden Postumus gebären soll[2]).

Aber auch das Gebiet des uns interessirenden objectiven Hindernisses ist noch abzugrenzen gegenüber einem mit Letzterem zusammenhängenden Hinderniß gleicher Art. Wie Ulpian in l. 30 § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2. (Anm. 2) durch Berufung auf einen von der Jurisprudenz gebildeten Rechtssatz lehrt, tritt jedem Erben, der sich für seine Erbberechtigung auf Testament oder Gesetz stützt, ein Delationshinderniß entgegen, wenn die Geburt eines besser berechtigten Erben in Wahrheit in Aussicht steht[3]). Auch das ist ein objectives Hinderniß; denn indem das Recht die mögliche Erbberechtigung des Ungeborenen in Rechnung bringt, wird die nächste Erbberechtigung des lebenden Prätendenten in Frage gestellt. Darum wird diesem so lange nicht deferirt, bis es sich entschieden hat, ob der bessere Erbe in's Dasein tritt oder nicht. In der That liegt in den Quellen die angegebene juristische Natur des Hindernisses klar zu Tage[4]). — Bisher war nur von einem Hinderniß für den schlechter Berechtigten die Rede: zur Ergänzung dient eine Einschränkung der

---

[2]) So in Anwendung auf eingesetzte Erben die unten zu besprechende l. 84 D. de A. v. O. H. 29. 2 (Papin.) in den Worten: — sed si vacuo ventre mulier fuit, — emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnatem (sc. mulierem) sciant —. Ferner begegnet in Anwendung auf jeden heres voluntarius bei Ulpian, l. 30 § 1 D. eod., ein Rechtssatz, welcher das subjective Hinderniß mit der sogleich im Text zu erwähnenden zweiten Anwendung des objectiven Delationshindernisses so verbindet: Quod dicitur „proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnas *est aut putatur esse*, adire hereditatem non potest: sed si scit non esse praegnatem potest" accipe proximus a ventre, qui suum heredem pariturus est. et non solum ad testatos haec verba, *verum ad intestatos quoque* pertinent. et in eo ventre idem accipias, qui *legitimum vel consanguineum* pariturus est —.

[3]) Darauf weist schon das „proximus a filio postumo" der l. 30 § 1 cit. hin (Anm. 2); mehr noch die folgende Fortsetzung der in Anm. 2 abgedruckten Stelle: — quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam *inferioribus* et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro jam nato habetur. (Den Schluß bildet der Hinweis auf die gleiche Behandlung der bonor. possessio.)

[4]) Vergl. außer l. 30 § 1 cit. den § 4 eod., sodann l. 3 D. si pars 5. 4. l. 3 § 9 D. de suis 38. 16. Dazu Leist, Forts. II S. 196—199.

Delation an den eventuell neben dem erwarteten Kinde zur Erbfolge Gerufenen: für die erwartete Geburt werden drei Kopftheile zurückbehalten, nur der Rest wird einstweilen den lebenden Erben deferirt [5]).

Diesen Bestimmungen tritt in dem Eingangs erwähnten Falle, wo ein Postumus in Aussicht steht, dessen Geburt das Testament wegen Präterition vernichten würde, die Regel gegenüber (l. 84 D. de A. v. O. H. 29. 2): — quamdiu rumpi testamentum potest, *non defertur ex testamento hereditas*. Der Satz wird in den Quellen deutlich als ein Ausfluß desselben Princips behandelt, aus welchem die soeben dargestellten Bestimmungen geflossen sind [6]). Und doch zeigen sich wesentliche Unterschiede in der Handhabung wie in der Begründung. Während in der obigen Anwendung nur die Delation an den hinter dem Postumus stehenden Erben ganz ausgesetzt, die an den gleichberechtigten Erben blos in ihrem Umfange beschränkt ist, besagt der Satz der l. 84 cit., daß bei zu befürchtender Ruption keinem Testamentserben deferirt wird, auch nicht dem eingesetzten Notherben, der auf alle Fälle neben dem Postumus zur Erbfolge gelangen würde [7]). Und das erklärt der Grund des Satzes: nicht das gegenwärtige Bestehen der Erbberechtigung oder deren Umfang ist — wie in den besprochenen Anwendungen — bei dem Testamentserben objectiv ungewiß; denn das Testament ist zur Zeit völlig gültig. Aber ungewiß ist, ob sich der letzte Wille als dauernde Grundlage der Erbfolge bewähren wird; darum unterbleibt vor der Hand jede Delation aus dem Testament.

Nur der zuletzt beschriebene Rechtssatz ist ein der Notherbfolge eigenthümlicher; daher ist nur noch von ihm zu reden. Es ist hier zunächst die das Hinderniß begründende Regel des Civilrechts darzustellen, — an zweiter Stelle eine auf eingesetzte Notherben beschränkte, deren Sicherung gegen nachtheilige Folgen des Delationshindernisses bezweckende Rechtshülfe des prätorischen Rechts.

---

5) l. 3. 4 D. si pars 5. 4.

6) In l. 30 § 2 D. de A. v. O. H. 29. 2 führt Ulpian die in Anm. 2 und 3 mitgetheilte Auseinandersetzung so weiter: Sive igitur putem praegnatem, *sive sit revera praegnas*, quae eum paritura est qui suus heres futurus est, adire hereditatem non possum, *quoniam in eo est, ut rumpatur testamentum, nisi si proponas ventrem institutum vel exheredatum.*

7) l. 84 cit. l. 16 D. de lib. 28. 2. l. 4 § 3 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

A. Die l. 84 D. cit. von Papinian besagt genauer: bei Uebergehung eines erwarteten Postumus des Erblassers wird weder dessen eingesetztem bisherigen Haussohne noch dem Emancipirten oder Fremden die Erbschaft aus dem Testament deferirt, so lange Ruption durch den Postumus möglich ist. Daß bei nicht wirklich vorhandener Schwangerschaft das Hauskind, da von ihm keine Antretungshandlung gefordert wird, ohne Weiteres erwerben soll, während der Emancipirte und der Fremde auch so nur antreten können, wenn ihnen der wahre Sachverhalt bekannt ist (l. 84 D. cit.), hat nur Bedeutung für das oben erwähnte Erwerbshinderniß. — In Einem Falle jedoch kommt es schon nach Civilrecht trotz des Delationshindernisses zum Erbschaftserwerb; ist im Testament ein Haussohn — und Gleiches gilt von jedem andern suus — als Alleinerbe und ohne Substituten gerufen, so wird derselbe nach Afric. l. 16 D. de lib. 28. 2 im letzten Augenblick seines Lebens Intestaterbe, weil es jetzt feststeht, daß Niemand auf Grund des Testaments Erbe wird. Denn indem jenes Hinderniß noch in der Todesstunde des suus fortwirkt, wird nach römischer Anschauung vor dessen Ableben das Testament destitut, der suus erwirbt also ipso jure als gesetzlicher Erbe. Diesen Fall berücksichtigt die l. 84 cit. nur darum nicht, weil Papinian das Dasein von Miterben oder Substituten voraussetzt[8]): African selbst spricht im ersten Theil der l. 16 cit. von einem Substituten und läßt diesen den Notherben unbedingt ausschließen.

B. Die l. 84 cit. und in Uebereinstimmung mit ihr Paul. l. 4 § 3 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 bezeichnen es als unbillige Härte, daß das eingesetzte gewaltunterworfene wie gewaltfreie Kind des Erblassers um des beschriebenen Hindernisses willen nicht sollte erwerben können, da ihm doch neben der Berufung durch den letzten Willen eine dem Anspruch des Postumus gleichstehende gesetzliche Erbberechtigung zukomme. Mit Rücksicht auf letzteren Umstand soll daher ein solcher Eingesetzter noch vor beseitigtem Hinderniß eine bonor. poss. contra tabulas erhalten, damit er die Erbschaft auf seine Erben transmittire. Die bonor. possessio ist nach der deutlichen Erklärung von Papin. l. 83 cit. und gewiß auch im Sinne des Paulus als decre-

[8]) Nur unter dieser Voraussetzung konnte der Jurist uneingeschränkt sagen: sterbe das Hauskind während schwebender Ungewißheit, so hinterlasse es seinen Erben Nichts.

talis zu bestimmen; sie hat einen ganz besonderen Werth für den Emancipirten, dem die ausnahmsweise Vergünstigung aus l. 16 D. de lib. 28. 2 nicht zu Theil wird, und der nach dem vorhin Bemerkten auch gegenüber dem subjectiven Erwerbshinderniß ungünstiger steht, als der eingesetzte suus. Ist der Descendent ohne Nachsuchung der bon. possessio gestorben, so dürfen noch seine Erben nach Julian l. 5 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 ein Decret des Magistrats dahin auswirken, daß ihnen je nach der beim Wegfall der Ungewißheit über die Ruption des Testaments vorhandenen Sachlage die Vortheile der bon. poss. *secundum tabelas* oder *contra tabelas*[9]) gewährt werden. Man streitet darüber, ob hier von einer decretalis bon. possessio[10]) oder von einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf Gewährung der Vortheile der bonor. possessio[11]) die Rede ist: ich entscheide mich für die zweite Auffassung theils in Rücksicht auf verwandte in den Quellen dargebotene Vorgänge[12]), theils weil es an jeder Analogie fehlt für die behauptete bon. poss. decretalis zu Gunsten der Erben des Berufenen, wo dieser selbst den Erwerb des Erbbesitzes versäumt hat.

Man wird nicht in Abrede stellen können, daß dem eingesetzten suus die bon. poss. decretalis der l. 84 und l. 4 § 3 citt. auch da offen stand, wo das Testament weder Miterben noch Substituten ernannte, der suus also wenigstens die Aussicht hatte, daß er im Augenblick seines Todes — bei noch bestehender Ungewißheit über das Erscheinen des Postumus — nach l. 16 D. de lib. 28. 2 zur gesetzlichen Erbfolge gelangen würde[13]). Dagegen ist es nicht wohl glaublich, daß in dem gleichen Falle noch den Erben des Berufenen die Rechtshülfe aus l. 5 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 zu gut kam:

---

[9]) Zu denken ist in diesem Falle, wie bei der bon. poss. decretalis des Textes, an eine bon. poss. contra tabulas commisso per alium edicto.

[10]) So u. A. Francke S. 92. Schmidt S. 11 Anm. 24. Vangerow II § 400 unter II. 3. Leist a. a. O. S. 227 f.

[11]) Dafür Huschke in Richter's krit. Jahrb. V S. 32. Schirmer, Handb. d. Erbr. I S. 84 in Anm. 23.

[12]) l. 86 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 6 § 1. l. 42 § 3 D. de bon. libert. 38. 2.

[13]) Trotz des gesicherten civilen Erbschaftserwerbs hatte ja die bonor. possessio einen selbständigen Werth. Ferner konnte der Berufene mindestens daran ein Interesse haben, daß es zur Erbfolge aus dem Testament kam, z. B. wegen einer vom Testament abhängigen Pupillarsubstitution.

war denselben einmal von ihrem nächsten Erblasser her die gesetzliche Erbfolge in den Nachlaß des entfernteren Erblassers zugefallen, so vertrug sich damit schwerlich das in l. 5. cit. verheißene commodum bon. possessionis *secundum* tabulas vel *contra* tabulas[14]).

Die l. 84 cit. bemerkt auch vom eingesetzten *extraneus* heres, daß er durch die mögliche Ruption des Testaments am Erbschaftserwerb gehindert werde; sie äußert sich aber nicht darüber, ob ihm gegenüber diesem Hinderniß Hülfe zu Theil wird. Indessen kann die Verneinung der Frage nach dem Inhalt der l. 84 cit. wie der l. 4 § 3 cit. keinem Zweifel unterliegen. Die in diesen Stellen in Aussicht genommene bon. poss. contra tabulas ist an sich dem extraneus unzugänglich: dazu kommt, daß die beiden soeben genannten Fragmente ihre den eingesetzten Notherben günstige Entscheidung auf deren doppelte Erbberechtigung stützen[15]).

Ein weiteres Eingehen auf das hier besprochene prätorische Institut muß abgelehnt werden; dasselbe ist nur im Zusammenhang der Lehre von der s. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis genügend zu würdigen[16]).

B. Geschichtliches über die Entwicklung des civilen (formellen) Notherbenrechts.

§ 7.

1. Der Entwicklungsgang und die treibenden Gedanken.

Es ist für die Darstellung des formellen Notherbenrechts von großer Bedeutung, daß man die Grundgedanken festzustellen sucht, auf denen die diese Lehre beherrschenden Regeln beruhen und die deren geschichtliche Aufeinanderfolge bestimmt haben. Da dieser Aufgabe in der Schrift von Ad. Schmidt eine vorzügliche Behandlung zu Theil geworden ist, so wird sich unsre Darstellung auf vielen Punkten an die von Schmidt gewonnenen Resultate anlehnen. Zu bestimmen sind der erste Anfang des civilen Notherbenrechts (I), der Entwicklungsgang desselben (II), das Alter der im classischen

---

[14]) Dieses Bedenken scheint Francke übersehen zu haben, wenn er (S. 94 f.) beim Fall der l. 16 cit. sowohl die bon. poss. decretalis der l. 4 § 3 cit. wie die weitere Hülfe der *l. 5 eod.* begründet findet.

[15]) So auch Leist a. a. O. S. 207.

[16]) In dieser Verbindung ist es in neuester Zeit dargestellt von Leist II S. 200—212.

Recht das ganze Institut beherrschenden Regel über die Nothwendigkeit der Einsetzung oder Enterbung der sui (III), der treibende Gedanke dieser Regel (IV). Zu einer ausführlicheren Besprechung fordert bei Lage der Quellen die Rechtsentwicklung auf, durch welche schrittweise die Möglichkeit letztwilliger Bedenkung der Postumi begründet ist. Hierauf wird im § 8 eingegangen werden.

I. Der in den Rechtsquellen zu vielen Malen ausgesprochene Satz, daß die Agnation eines (im Testament übergangenen) Postumus das Testament vernichte, tritt in einigen dahin gehörigen Stellen als eine seit alter Zeit bestehende Regel auf[1]). Wichtiger sind zwei Aeußerungen von Cicero, in denen es als unanfechtbar hingestellt wird, daß das Testament durch einen später gebornen Sohn des Erblassers vernichtet werde[2]). Und doch war noch zu Cicero's Zeit die Möglichkeit, einen Postumus im Testament zum Erben einzusetzen oder zu enterben, eine beschränkte: sie bestand namentlich, auch seit die Formel des Aquilius Gallus aufgestellt war, nicht für Postumi, die bei Lebzeiten des Erblassers geboren wurden. (Vergl. § 8). Demnach mußte die von Cicero überlieferte Regel selbst zu jener Zeit für gewisse Fälle eine durch Berücksichtigung des Postumus gar nicht abwendbare Folge von dessen Erscheinen bezeichnen: dem entspricht auch die absolute Fassung, in welcher die Regel bei Cicero auftritt. — Erwägt man ferner, daß diese durch die Thätigkeit der Juristen begründet ist, so muß aus dem Umstande, daß sie als völlig unbestreitbar behandelt wird, auf eine weit vor Cicero liegende Entstehungszeit derselben geschlossen werden. Und

---

[1]) So namentlich a. Ulp. l. 12 pr. D. de lib. 28. 2: *Quod dicitur* filium natum rumpere testamentum —. Das „quod dicitur" zeigt die von der Jurisprudenz formulirte Regel an. (Vergl. auch die Stelle aus Cic. de orat. I. 57 in Anm. 2). b. l. 3 C. de postum. 6, 29, wo Justinian eine von ihm entschiedene Streitfrage über eine einzelne Anwendung des Satzes den veteres zuschreibt.

[2]) Cic. de orat. I. 57. Cicero läßt den Antonius sagen, daß Ansprüche, bei denen die Rechtsfrage einem Zweifel nicht unterliege, regelmäßig nicht zum Rechtsstreit gedeihen; sein Beispiel lautet: Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit, quam ei filius natus esset, hereditatem petit? *nemo: quia constat adgnascendo rumpi testamentum.* — Cic. pro Caec. 25. Der Redner bespricht den Gegensatz der That- und der Rechtsfrage: bei Ersterer könne dem Geschwornen von der Partei zugemuthet werden, die Feststellung so oder anders zu machen; im Gegensatz dazu werden Rechtsfragen erwähnt, bei denen dies unmöglich, und hier lautet das erste Beispiel: hoc non potest (sc. dici judici): cui filius adgnatus sit, ejus testamentum non esse ruptum judica.

das wird eine Zeit sein, wo man den Satz von der Unzulässigkeit der Bedenkung einer persona incerta überall noch nicht zu Gunsten eines Postumus beschränkt hatte.

Ich nehme demnach mit Schmidt[3]) an, daß in jener Regel der erste Anfang des civilen Notherbenrechts zu suchen ist. Nicht allein war das Bedürfniß einer Hülfe für solche sui, auf die rechtlich im Testament keine Rücksicht genommen werden konnte, ein besonders dringendes, es wird auch die getroffene Auskunft, statt der Zulassung letztwilliger Bedenkung der Nachgebornen den letzten Willen als ungültig zu behandeln, als Beweis einer ziemlich rohen Rechtsauffassung angesehen werden müssen. Der Satz kann unmöglich zu einer Zeit entstanden sein, wo man dem lebenden Notherben schon mittelst der dem Erblasser gestellten Alternative der Einsetzung oder Enterbung Schutz gewährte[4]).

II. Auf dieser Grundlage läßt Schmidt die Entwicklung in folgender Weise verlaufen. Zunächst hätte man im Wege der Analogie den für die eigentlichen Postumi in's Leben gerufenen Satz auf diejenigen Angehörigen des Erblassers übertragen, welche postumorum loco sind. Diese Personen konnten zwar, so wird hervorgehoben, schon vor ihrem Eintritt in die Classe der sui zu Erben eingesetzt werden, aber die Zufälligkeit einer solchen Berücksichtigung mußte das Bedürfniß einer vom Recht zu gewährenden Hülfe bestehen lassen. — Erst nachdem auch dieser Schritt gethan war, soll man die Nothwendigkeit der Einsetzung oder Enterbung bei den von Anfang an vorhandenen Notherben anerkannt haben. Schmidt stellt als Vorgänge, welche hier das Bedürfniß einer Beschränkung der Testirfreiheit fühlbar machen mußten, das Nichtgedenken aus Irrthum über das Dasein

---

[3]) A. a. O. S. 8 f. Uebereinstimmend Heumann S. 302 a. E. S. 303. 309. Walter, röm. Rechtsgeschichte II § 650, auch wohl Leist, Forts. III S. 89. — Francke S. 19 spricht sich zwar dafür aus, daß die Ruption eines Testaments durch einen Postumus früher ausgemachten Rechtens gewesen sei, als bei einem schon lebenden übergangenen Kinde die Nichtigkeit des Testaments; aber er äußert sich nicht darüber, ob er die Entstehung jenes ersten Satzes in die Zeit verlegt, wo noch keine Möglichkeit der Einsetzung eines Postumus bestand. — Zweifelnd Stintzing, krit. Viertelj. Schr. V. 137.

[4]) Demnach ist es nicht zu begründen, wenn man in dieser alternativen Vorschrift, zu welcher der Fall irrthümlicher Präterition den ersten Anstoß gegeben hätte, den Keim des Notherbenrechts sehen will. So Bachofen, lex Voconia S. 54—57. Vergl. dazu unten Num. III.

des Notherben und das lieblose Nichtberücksichtigen neben einander. Von der Art, wie der durch die Regel des Notherbenrechts in unzureichender Weise gewährte Schutz gegen die zuletzt erwähnte materielle Ungerechtigkeit ergänzt sein soll, wird unter IV gesprochen werden. — Die letzte Stufe wird in der Ausbildung der testamentifactio für die Postumi, somit der Uebertragung des erwähnten, für lebende sui geschaffenen Grundsatzes auf die Nachgebornen gefunden. Fördernd mußte hierbei nach Schmidt die Unerträglichkeit eines Zustandes sein, wonach das Entstehen eines Postumus unvermeidlich zur Vernichtung des Testaments führte [5]).

In Einem Punkte, der übrigens wenig erheblich, scheint uns die Annahme der dargestellten geschichtlichen Aufeinanderfolge der einzelnen Grundsätze sehr zweifelhaft. Es ist fraglich, ob man früher zum Schutz für die Quasipostumi, durch die Uebertragung der Regel „postumi adgnatione testamentum rumpi" gekommen ist, oder zur Aufstellung der wiederholt genannten alternativen Verpflichtung des Erblassers gegenüber den lebenden sui. Daß ein Schutz der Letzteren gegen willkürliches oder irrthümliches Uebergehen unentbehrlich sei, konnte den Römern nicht lange verborgen bleiben. Und man wird mit dessen Verwirklichung nicht gezögert haben, nachdem einmal in der Aufstellung jenes Rechts für die Postumi die Unantastbarkeit des Testaments aufgegeben war. — Gewiß ist dagegen (mit Schmidt) anzunehmen, daß die Anforderung an den Erblasser, des Postumus im Testament zu gedenken, im Wege der Entlehnung der für lebende sui aufgestellten Regel Geltung erlangt hat. Denn an sich lag der Gedanke gewiß nicht nahe, den Postumi mittelst zweier selbständiger Institute zur Hülfe zu kommen: das Bestehen der für die lebenden Notherben geschaffenen Regel wird ihn gezeitigt haben.

III. Die älteste Nachricht von der dem Erblasser obliegenden Verpflichtung, seine sui zu Erben einzusetzen oder zu enterben, findet sich bei Cic. de orat. I. 38. Ueber einen im Felde stehenden Haussohn war dem Vater eine falsche Todesnachricht zugegangen; dieser hatte dann unter Aufhebung des früheren Testaments, in welchem der Sohn bedacht war, einen Fremden zum Erben eingesetzt. Der nach seinem Ableben zurückgekehrte Sohn erhebt die Erbschaftsklage; von dieser wird gesagt: res delata est ad centum-

---

5) Vergl. Schmidt S. 12. 16. S. 17—20. S. 25 f.

viros, cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius [6]). Nempe in ea causa quaesitum est de jure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim. Daß dem Sohn die Erbschaft zuerkannt wurde, zeigt der im Uebrigen unbedeutende Bericht über den gleichen Fall bei Valer. Max. VII. 7. 1. Man hat gemeint, in dieser Erzählung sei uns die Nachricht von der Entstehung des formellen Notherbenrechts selbst zugekommen [7]): allein unverkennbar setzt Cicero das Bestehen der alternativen Verpflichtung des Vaters voraus, wie denn das von ihm besprochene Testament eine exheredatio *inter ceteros* enthalten hatte. Nur das mußte bei diesem einzelnen Fall deutlich empfunden werden, daß die Ausschließung des Sohnes von der Erbfolge dem wahren Willen des Erblassers zuwiderlief; mit Rücksicht hierauf drehte sich der Streit darum, ob die allgemein gefaßte Enterbungsclausel einen solchen Erfolg begründen könne, ob man nicht namentliche Enterbung zu fordern habe. So bildete dieser Rechtsstreit den Anlaß zu der fortan beim Haussohn festgehaltenen Anforderung einer verschärften Form der Ausschließung [8]); im Uebrigen bestätigen Cicero's Worte die Aeußerung von Justinian in l. 4 pr. C. de lib. praet. 6. 28, ursprünglich habe der Sohn gleich andern Notherben inter ceteros enterbt werden können. Daraus ist dann weiter zu entnehmen, daß das alternative Gebot des Notherbenrechts erheblich älter sein muß, als Cicero's Schrift de oratore. Unter den sonst noch für diesen Satz sprechenden Gründen (Schmidt S. 57 Anm. 41) ist hervorzuheben, daß die Regel des formellen Notherbenrechts jedenfalls weit älter ist als die querella inofficiosi testamenti, diese aber noch in der Zeit der Republik entstanden sein dürfte. (Vergl. unten den § 49 unter I.)

IV. Es ist jetzt noch der Grund der soeben mit Rücksicht auf die Entstehungszeit besprochenen, im Mittelpunkt des formellen Notherbenrechts stehenden Vorschrift des Einsetzens und Enterbens aufzusuchen. Früher hat man darüber gestritten, ob nicht eine gesetzliche Grundlage derselben, bestehend in einem Ausspruch der zwölf Tafeln,

---

[6]) Darüber, daß das „testamento exheres filius“ kritisch nicht beanstandet werden darf, vergl. Schmidt S. 57 Anm. 167.

[7]) So neuerdings Bachofen Anm. 4 cit.

[8]) Vergl. Schmidt S. 57 verb. mit S. 17. Kuntze, Curs. § 886. (S. 699.)

zu behaupten sei[9]). Eine solche Annahme wird indessen bestimmt ausgeschlossen[10]) durch das Zeugniß des Pomponius in l. 120 D. de V. S. 50. 16, wonach die zwölf Tafeln volle Testirfreiheit gewährten; auch steht mit dieser Aeußerung im Einklang, daß nirgends in den Quellen eine äußere Beglaubigung für die Regel des Notherbenrechts angerufen, daß wenigstens in einer Stelle eine theoretische Begründung derselben unternommen wird, — durch Ableitung aus einer bei den Römern bebiebten Vorstellung vom Verhältniß der sui heredes zur Erbschaft.

Es fragt sich dann weiter, ob nicht in dieser Ableitung der Gedanke aufgewiesen ist, der die Regel erzeugt hat[11]). Jene Vorstellung läuft darauf hinaus, daß die sui schon bei Lebzeiten des Gewalthabers gewissermaßen zu dessen Vermögen mit berechtigt seien. Nun trifft zwar bei den meisten Aussprüchen dieses Inhalts die Bemerkung von Schmidt zu (S. 18 Anm. 45), daß sie nur den ipso jure sich vollziehenden Erbschaftserwerb der sui erklären wollen[12]): allein bezüglich der l. 7 pr. D. de bon. damnat. 48. 20 ist eine solche Auslegung unmöglich. Paulus macht geltend, die naturalis ratio weise gleich einem stillschweigenden Gesetz den Kindern das elterliche Vermögen zu, velut ad *debitam* successionem eos vocando (propter quod et jure civili suorum heredum nomen eis indictum [leg. inditum] est ac ne judicio quidem parentis nisi meritis de causis summoveri ab ea successione possunt). Damit knüpft der Jurist das Notherbenrecht, wenn auch mit Voranstellung des materiellen, unmittelbar an die soeben bezeichnete Anschauungsweise an. Indessen hat damit unsre Untersuchung eine haltbare Unterlage in keiner Weise gewonnen. Denn einmal soll jene Auffassung überall nur eine bildliche Erklärung gewähren; so müßten wir interpretiren, selbst wenn der Gedanke einer Vergleichung nicht durch die in l. 7 cit. und den ver-

---

[9]) Vergl. die litterarischen Nachweise in der Ausgabe des Theophilus von Reitz, zu § 3 J. de exher. lib. 2. 13. Dazu Mühlenbruch 36 S. 147 f., besonders Anm. 28.

[10]) Vergl. Bluntschli S. 10 f. Francke S. 15. Mühlenbruch a. a. O.

[11]) Die bejahende Ansicht wird in unserer Zeit vertreten durch Bluntschli S. 11—15. Vangerow II § 467 Anm. unter I, auch wohl Burchardi, Syst. und Gesch. d. röm. Priv.-R. Abth. IV § 347.

[12]) So Gaj. II. 157. Paul. IV. 8 § 6 vergl. mit § 5. § 3 J. de hered. quae ab int. 3. 1. Paul. l. 11 D. de lib. 28. 2.

wandten Stellen gebrauchten Ausdrücke („velut“, „quasi“, „quodammodo“) angedeutet wäre. Und sodann ist die Aeußerung des Paulus günstigsten Falls ein vom Standpunkt seiner Zeit dargebotener Begründungsversuch, nicht eine geschichtliche Nachricht über die Entstehung der notherbrechtlichen Vorschrift.

Bei allem dem ist zu fragen, ob nicht wenigstens ein richtiges Element in jener Erklärung versteckt ist. Sieht man ab von der Uebertreibung, die in dem Gedanken der Quellen liegt, als stehe den sui gewissermaßen eine Mitberechtigung am Vermögen des lebenden Familienvaters zu, so bleibt immer der Satz stehen, daß die sui die Erbschaft im Zeitpunkt der Delation ohne Weiteres erwerben. War nicht Angesichts einer so intensiven Erbberechtigung zu fordern, daß der Erblasser solchen Erben die Nachfolge in das Vermögen durch ausdrückliche letztwillige Verfügung entziehen müsse, und beruht nicht eben darauf der Satz des formellen Notherbenrechts [13])? Man wird in der That annehmen dürfen, daß die Römer unsre Regel in dieser Weise begründet haben; doch läßt sich dies nur in folgendem Sinne sagen: man suchte auf solchem Wege die Verknüpfung des Notherbenrechts mit dem bestehenden Recht zu gewinnen, um damit dem neuen Institut Eingang zu verschaffen; in Wahrheit aber kam es darauf an, einem praktischen Bedürfniß Geltung zu verschaffen. Bevor auf die Darlegung dieser Ansicht eingegangen wird, ist von einer in der Gegenwart beliebten Erklärungsweise Nachricht zu geben.

Nicht wenige Neuere sind der Ansicht, daß die römische Jurisprudenz die civile Regel aus bestimmten Gründen der Zweckmäßigkeit zur Anerkennung gebracht habe. Die Art, wie man diese Gründe zu bestimmen sucht, ist nicht durchweg die gleiche. Nach der einen Ansicht hat man zunächst verhüten wollen, daß wider den Willen des Erblassers Kinder von der Erbfolge ausgeschlossen würden, von deren Dasein derselbe im Augenblick der letztwilligen Verfügung keine Kenntniß hatte [14]). Auch diese Auffassung läßt sich,

---

[13]) So Brinz, Abth. II § 173 S. 737. Leist Forts. III S. 82 f., anscheinend auch Scheurl, Nebenbestimmungen S. 312. Vergl. ferner Puchta, Pand. § 486 z. A. und Vorles. daselbst.

[14]) So Francke S. 19. Aehnlich Mühlenbruch 36 S. 151 f. Vergl. ferner das im Text über die Ansicht von Schmidt Bemerkte, sodann Hartmann, über die querella inofficiosi S. 7 f. Daß Bachofen, lex Voconia S. 55—57, die Entstehung des formellen Notherbenrechts auf den Fall des Irrthums zurück-

wie ich glaube, nicht abweisen. Es soll weiter unten ausgeführt werden, daß sie den letzten Grund für die Entstehung des Notherbenrechts richtig bezeichnet, daß man aber bei dessen Einführung die Regel über den ipso jure eintretenden Erwerb der sui in der oben angegebenen Weise zur Hülfe nahm.

Bei Schmidt (S. 17 — 20) tritt jene Berufung auf den möglichen Irrthum des Erblassers in Verbindung mit einem weiteren Element auf. Seine Ansicht geht dahin. Die Einführung des formellen Notherbenrechts sollte für die beiden Möglichkeiten Abhülfe schaffen, daß ein Notherbe ohne den Willen des Erblassers ausgeschlossen würde, weil dieser vom Dasein des suus keine Kenntniß hatte, — ferner daß der thatsächlich gewollte Ausschluß die natürliche Pflicht des Familienvaters verletzte. — Nun wurde allerdings mit der Anforderung, das die sui im Testament nicht stillschweigend durch Uebergehung, sondern ausdrücklich durch Enterbung aus der Zahl der Erben entfernt werden sollten, so viel erreicht, daß das Testament selbst den Beweis lieferte, es habe der Erblasser den suus nicht aus Irrthum ausgeschlossen. Allein gegenüber materieller Ungerechtigkeit erwies sich jene Vorschrift unzulänglich. Um hier eine Ergänzung zu schaffen, legte die Jurisprudenz ihrer Thätigkeit das Prinzip zu Grunde, das Scävola in l. 19 D. de lib. 28. 2 mit den Worten wiedergibt: exheredationes non esse adjuvandas. Nicht des Formalismus wegen, sondern im Dienst der Gerechtigkeit entwickelte man die spitzfindige Form der Exheredation.

Letzterer Gedanke tritt dann wieder für sich allein bei Köppen und Kuntze auf[15]): Beide sprechen von einer feindseligen Stellung, welche das jus civile gegen die Exheredation durch Formen und Beschränkungen eingenommen, und die durch das prätorische Edict noch eine Steigerung erfahren hätte.

Bezüglich dieser Ansichten werden vor der Hand einige wenige Bemerkungen genügen. Mit Schmidt treffe ich in der Annahme zusammen, daß die Regel des Notherbenrechts den irrthümlichen Ausschluß eines Notherben verhüten wollte. Für unerweislich halte ich es dagegen, daß man bei deren Aufstellung schon den Fall einer ab-

---

führt, (zunächst des wirklich vorhandenen, an zweiter Stelle des präsumtiven,) ist schon erwähnt. Er sucht nur ohne Grund den ersten Anstoß in dem Vorgange bei Cic. de orat. I. 38.

[15]) Köppen, Syst. des Erbrechts I S. 97 ff. Kuntze, Cursus § 835.

sichtlichen ungerechten Ausschließung im Auge hatte. Zunächst müssen solche Fälle in der Zeit, in welcher das formelle Notherbenrecht geschaffen wurde, zu den Seltenheiten gehört haben, das Bedürfniß einer Gegenwehr machte sich also damals schwerlich fühlbar. Und sodann spricht gegen Schmidt die von ihm selbst anerkannte Thatsache, daß die alternative Anforderung des Rechts in Wirklichkeit gegen willkürliche Zurücksetzung des Notherben keinen Schutz bot.

Was die Entwicklung des Exheredationsrechts betrifft, so lege ich zwar dem Ausspruch des Scävola in l. 19 D. de lib. 28. 2 „exheredationes non esse adjuvandas" nur den Sinn bei, daß die Enterbung nicht die ausnahmsweise günstige Behandlung erfährt, welche den letztwilligen Verfügungen der Regel nach zu Theil wird; auch halte ich es für sehr fraglich, ob die einzelnen Regeln über die Enterbung von der Jurisprudenz in der Absicht aufgestellt sind, einem ungerechten Enterben entgegenzuwirken. Soviel aber ist bestimmt anzuerkennen, daß in der Handhabung dieser Regeln eine derartige Tendenz wahrnehmbar ist. Immer jedoch läßt sich ein derartiges Verfahren nur für die Kaiserzeit etwa seit Julian behaupten, und darum fehlt es an jedem Zusammenhange mit dem Aufkommen der Regel des formellen Notherbenrechts. Mehr hiervon in der Lehre von der Enterbung. (§§ 11—13.)

Die Annahme von Köppen und Kuntze endlich, daß die vom Prätor ausgegangenen Aenderungen im Recht der Enterbung Ausfluß einer feindseligen Haltung gegen diese gewesen seien, ist gewiß unbegründet [16]).

Ich habe jetzt die oben ausgesprochene Ansicht über den Grund der Regel des formellen Notherbenrechts auszuführen. Die Möglich-

---

[16]) Wenn der Prätor bei allen männlichen Notherben namentliche Enterbung fordert, so ist dafür an erster Stelle bestimmt das Bedürfniß maßgebend gewesen, die innerlich nicht gerechtfertigten Unterschiede zwischen den einzelnen Classen der Notherben zu vermindern. Muß aber noch ein anderer treibender Gedanke aufgesucht werden, so ist als solcher einzig das Bedürfniß zu bezeichnen, der irrthümlichen Uebergehung von Notherben vorzubeugen. Der Prätor hat weiter alle Notherben, auch die Accrescenzerben des Civilrechts, an den vollen Wirkungen der *bonor. poss. contra tabulas* Theil nehmen lassen. Hier liegt es auf der Hand, daß die bloße Erweiterung der Folgen der Präterition nicht aus einer ungünstigen Behandlung der Enterbung erklärt werden kann. Auch darin tritt nur das erwähnte wohlberechtigte Bemühen zu Tage, die Unterschiede in der Rechtsstellung der einzelnen Notherben auszugleichen.

keit, daß ein Testator vom Dasein oder vom bevorstehenden Dasein eines Notherben nichts weiß, besteht zu allen Zeiten. Kamen aber Fälle dieser Art vor — und für die letzte Zeit der Republik ist ja ein solcher bei Cic. de orat. I. 38 bezeugt, — so mußte das dringend zur Abhülfe auffordern. Immer aber konnte bei der hier begegnenden Einschränkung der durch die zwölf Tafeln anerkannten Testirfreiheit ein Widerstand des Volksbewußtseins nicht ausbleiben. Denn mit unsrer Regel wurde zuerst — anders wie bei dem Satze von der Vernichtung des Testaments durch die Agnation eines Postumus — an den Erblasser das Ansinnen eines bestimmten Verhaltens bei der Verfügung über seinen Nachlaß gestellt. Zur Ueberwindung jenes Widerstands bot sich als wirksamstes Mittel die Ableitung der neuen Regel aus einem allgemein bekannten Satze des bestehenden Rechts [17]). Der Satz von dem ipso jure erfolgenden Erbschaftserwerb der sui war vollkommen geeignet, diesen Dienst zu leisten. In welchem Maße er mit dem Rechtsbewußtsein der Römer verwachsen war, ergibt sich eben so sehr aus der Art, wie das Zwölftafelgesetz ihn (sowie auch sonst die Erbberechtigung der sui) bei seinem Ausspruch über die gesetzliche Erbfolge mehr voraussetzte, als zum Gegenstand einer positiven Anordnung machte, wie aus dem Bemühen der späteren Jurisprudenz, ihn aus einer Mitberechtigung am Vermögen des noch lebenden Familienvaters zu erklären. (Vergl. S. 38.) Und ganz von selbst wurde durch jenen Satz die Frage angeregt, ob denn eine in solcher Weise vom Recht ausgezeichnete Erbberechtigung durch stillschweigende Uebergehung abgeschnitten werden könne. Indem man dies verneinte, gewann man die Regel des Notherbenrechts.

Spuren des Satzes von dem eigenthümlichen Erbschaftserwerb der sui lassen sich in mehr als einer Bestimmung des Notherbenrechts nachweisen. Schon im § 5 (S. 26—28) war derselbe zur Erklärung der Regel zu verwenden, daß der übergangene Postumus

---

[17]) Derselbe Gedanke findet sich ausgesprochen bei Hartmann, querella inofficiosi S. 7 f. Hartmann meint, man habe sich auf das Prinzip gestützt, daß der wahre Wille des Erblassers den Vorzug verdiene vor dem irrig erklärten. Das scheint mir nicht glaublich: ein so abstrakter Rechtssatz kann in der alten Zeit, von der wir reden, weder allgemein bekannt noch allgemein begriffen gewesen sein. Er konnte daher auch nicht für eine geeignete Stütze des Notherbenrechts erachtet werden.

mit seinem Erscheinen nicht nur den einzelnen ihn verletzenden Grad, sondern zugleich alle hinter diesem stehenden Grade vernichtet. Weiter erinnere ich an die Regeln des Exheredationsrechts, daß die Enterbung sich ohne Einschränkung auf die ganze Erbschaft erstrecken muß, und daß der Beginn ihrer Wirksamkeit nicht auf die Zeit nach dem Erwerb des Testamentserben gestellt werden darf. Man ging hier davon aus, daß bei fehlerhafter Enterbung die Erbberechtigung der sui im ersten Fall den nicht durch die Enterbung gedeckten Theil des Vermögens trotz des Testaments ergreifen, im zweiten sich vor der durch die Enterbungsverfügung festgesetzten Zeit geltend machen würde.

Ist es wahr, daß die auf das Einsetzen oder Enterben der sui gestellte Anforderung auf dem jetzt dargestellten Grunde ruht, so könnte man fragen wollen, wie es gekommen, daß die Regel über den Erwerb der sui nicht schon zur Zeit der Decemviralgesetzgebung ein Notherbenrecht in's Leben gerufen hat. Die Antwort ergibt sich von selbst bei unsrer Annahme, daß man jene Regel nur künstlich herangezogen hat, um dem Notherbenrecht in der römischen Welt Eingang zu verschaffen.

Zum Schluß ist noch eine in diesen Zusammenhang gehörige Aeußerung von Ad. Schmidt zu berühren. In Verbindung mit der Bemerkung, man habe ausdrückliche Enterbung der sui gefordert, damit das Testament den Beweis lieferte, der Erblasser habe dieselben nicht aus Irrthum ausgeschlossen, sucht Schmidt (S. 18 f.) dem in der Vorschrift der Einsetzung oder Enterbung zum Ausdruck gekommenen Gedanken einen tieferen Gehalt zu verleihen. Nach ihm wäre es die Meinung des Rechts gewesen, der paterfamilias solle über die sui ein Urtheil im Testament aussprechen, entweder sie ehrend durch den honor der Erbeseinsetzung, oder sie unwürdig erklärend durch die nota der Enterbung [18]). Diese Auffassung trägt, wenn ich nicht irre, ein fremdartiges Element in die vorliegende Lehre hinein. Wie man auch die Entstehung des Fundamentalsatzes des Notherbenrechts erklären mag, immer wird ihm nur die Absicht untergelegt werden können, den auf das Loos der zeitlichen Habe

---

[18]) Eine ähnliche Formel kehrt in der Darstellung des prätorischen Notherbenrechts wieder. (S. 71. S. 79.)

nach dem Tode bedachten Willen des Erblassers in der bisherigen Ungebundenheit zu beschränken. Womit aber soll es sich rechtfertigen, wenn an die Stelle dieser Willenserklärung ein Urtheil über die nächsten Glieder der Familie gesetzt wird? Ein solches könnte doch nur Bedeutung haben, wenn es von seinen Gründen Rechenschaft gäbe; unzweifelhaft aber mutheten die Römer dem Erblasser eine Motivirung der Ausschließung nicht zu. Ueberdies hätte das Urtheil für den von ihm Betroffenen wie für den Richter keine bindende Kraft gehabt: beugt sich doch vor der Ausschließung die nicht gar lange nach der Entstehung des formellen Notherbenrechts aufgestellte Querel nicht.

In den von Schmidt herangezogenen Aeußerungen der Quellen liegt kein Beweis jener Auffassung. Zwei einzelne Aussprüche scheinen bei der Besprechung der Enterbung den Gedanken eines Urtheils anzuschlagen; aber sie haben dabei die exheredatio notae gratia entweder gar nicht oder doch nicht in ihrem Einfluß auf den väterlichen Nachlaß im Auge [19]). — Noch geringer ist die Bedeutung der Stellen, welche die letztwillige Zuwendung als honor bezeichnen, auf die Enterbung die Ausdrücke nota, injuria u. dergl. anwenden. Bis auf das Wort „nota" fehlt bei diesen Ausdrücken die engere Beziehung auf das formelle Notherbenrecht. Denn als honor wird, wie Schmidt selbst bemerkt, jede letztwillige Zuwendung, zudem nicht allein die Zuwendung an den Notherben bezeichnet [20]). Und als injuria, indignatio gilt jedes Nichtbedenken eines Pflichttheilsberechtigten, ohne Rücksicht darauf, ob dieser formelles Notherbenrecht hat [21]). Das Wort „nota"

---

[19]) a. Die l. 16 § 3 D. de cur. fur. 27. 10 (Tryphon.) gebraucht den Ausdruck „judicium testatoris" in Beziehung sowohl auf die im § 1 eod. besprochene letztwillige Anordnung einer Curatel für den verschwenderischen Sohn, wie auf die im § 2 eod. erörterte wohlmeinende Enterbung dieses Sohnes, dem zugleich Alimente hinterlassen werden. Hier wird man überdies richtiger das „judicium" im Sinne von suprema voluntas zu nehmen haben. (Vergl. *Dirksen* v. judicium § 5 A.) Jedenfalls wird das Wort im § 2 der Stelle in dieser Bedeutung gebraucht. b. In l. 12 § 6 D. de bon. libert. 38. 2 kommt die vom Patron ausgesprochene Enterbung des Sohnes lediglich in ihrem Einfluß auf die Beerbung der väterlichen Freigelassenen in Betracht; nur in dieser Anwendung bedient sich Ulpian der Worte: neque enim debet videri pater *indignum existimasse* filium bonis libertorum cet.

[20]) Vergl. z. B. l. 3 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. l. 26 pr. D. si quis omissa 29. 4.

[21]) l. 3. l. 8 pr. l. 22 pr. D. de inoff. 5. 2.

wird allerdings mit Vorliebe auf die Enterbung angewandt[22]), allein abgesehen von seinem Zusammenhange mit dem Pflichttheilsrecht betont es lediglich den Einfluß, den die Enterbung auf das Urtheil der Mitbürger ausübt, nicht aber einen für das Wesen des formellen Notherbenrechts erheblichen Umstand.

§ 8.

2. Die Entwicklung der Grundsätze über die Einsetzung der Postumi.

Nach altem Recht konnten postumi, als incertae personae, nicht zu Erben eingesetzt werden. Dieser Rechtszustand aber mußte seit der Begründung des formellen Notherbenrechts unerträglich werden: es gab kein Mittel, der Vernichtung des Testaments als Folge der Entstehung eines Postumus vorzubeugen. Die Rechtsänderung hat sich auf dem Wege einer von der Jurisprudenz in die Hand genommenen, dann unter Mitwirkung der Gesetzgebung schrittweise durchgeführten Entwicklung vollzogen, deren Gesammtergebniß der Satz bezeichnet, daß die Einsetzung (wie Enterbung) der postumi sui vom Recht zugelassen ist. — Zum größten Theil werden die einzelnen Stufen dieses Bildungsganges dargelegt und casuistisch erörtert in der bekannten lex Gallus (Scaev. l. 29 D. de lib. 28. 2); an diese hat sich daher unsre Ausführung mehrfach anzulehnen.

Ausgegangen ist die Rechtsbildung von den nach dem Tode des Erblassers gebornen Postumi: später sind in die Entwicklung auf Grundlage der beiden Kapitel der lex Junia Velleja die Postumi hineingezogen, welche dies bei Lebzeiten des Erblassers durch Geburt werden, ferner Diejenigen, welche auf anderm Wege als durch Geburt in die Stellung von Postumi (postumorum loco) gelangen.

I. Den ersten Schritt*) hat zu einer nicht näher bekannten, jedenfalls vor Cicero liegenden Zeit die Jurisprudenz gethan; Ulpian berichtet (fragm. 22. 19), daß nach dem jus civile Diejenigen, qui in utero sunt, zu Erben eingesetzt werden können, wenn sie nach des Erblassers Tode als dessen sui geboren werden. Die Hülfe setzte also zunächst in dem Falle ein, wo für den Testator die Möglichkeit

---

[22]) Vergl. die Stellen bei Schmidt S. 19 Anm. 48.

*) Francke S. 21—26. Mühlenbruch S. 181—202. Vangerow II § 468 Anm. 1 unter 1 und 2, womit hier wie bei den folgenden Citaten die Anmerkungen zu dem dem § 468 voraufgeschickten Abdruck der l. 29 cit. zu verbinden sind; Schmidt S. 26—30.

fehlte, seinen letzten Willen mit Rücksicht auf den Postumus zu ändern. Begriffen sind unter Ulpians Worten auch Enkel, deren in der Gewalt des Erblassers stehender Erzeuger zur Zeit der Testamentserrichtung noch lebt, dann vor dem Erblasser stirbt. Allein die Berücksichtigung dieser Classe von Postumi ist, wie ich sogleich noch ausführe, erst zu Cicero's Zeit durch die damals aufgestellte und von der Praxis angenommene Aquilische Formel ermöglicht. Die vorhin angedeutete ältere Stufe wird daher gebildet durch Kinder ersten Grades und durch solche Enkel, von denen es bei der Errichtung des Testaments sicher ist, daß sie als sui zur Welt kommen müssen[1]). Conception der Ungebornen forderte man nur für die Zeit des Todes des Erblassers[2]). Daß mit der Zulassung der Einsetzung bei den einzelnen Classen der Nachgebornen auch die Enterbung möglich wurde, versteht sich von selbst, ergibt sich überdies aus mehrfachen Anwendungen, die im Verlauf der Darstellung zur Sprache kommen.

Schon vorhin wurde der durch Gallus Aquilius, den Zeitgenossen Cicero's, begründete Fortschritt erwähnt. Die von diesem Juristen aufgestellte Formel, welche den Ausgangspunkt der Erörterungen Scävola's in l. 29 pr. D. de lib. 28. 2 bildet, lautet so:

„Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto."

Jetzt konnten also auch Enkel von einem zur Zeit noch lebenden Sohne eingesetzt werden; aber sie wurden nur auf den Fall gerufen, daß sie in Folge des Todes des Sohnes als *sui* geboren würden. Damit ging man dem zur Zeit des Gallus noch ohne Einschränkung geltenden Satze aus dem Wege, wonach ein postumus *alienus* nicht letztwillig bedacht werden konnte[3]). — Auf unsern Fall und auf eine Reihe anderer, welche die l. 29 cit. in den §§ 1—9 als Fortbildungen des ursprünglich in der Aquilischen Formel gegebenen Rechts darstellt, bezieht sich die allgemeine Bemerkung Scävola's (l. 29 § 10 D. eod.), zur Gültigkeit der Verfügung sei erforderlich, daß mindestens der (zur Zeit noch lebende) in des Erblassers Gewalt stehende

---

[1]) Heumann S. 310 f. Vangerow a. a. O. unter 1. Schmidt S. 27 bei Anm. 76.

[2]) l. 4. l. 5. l. 27. l. 28 § 3 D. de lib. 28. 2.

[3]) So zuerst hervorgehoben von Schmidt S. 28.

Sohn auf irgend einen Erbtheil eingesetzt werde. Wenn hinzugefügt wird:

„nam frustra exheredabitur post mortem suam,“

so wird damit auf den auch sonst in den Quellen ausgesprochenen Satz verwiesen, daß eine für die Zeit nach dem Tode verfügte Enterbung ungültig ist[4]). Die Enterbung hat nur Bedeutung für die Zeit des Lebens des Enterbten, da auch ein Erbschaftserwerb nur für den Lebenden von Werth, zudem nur dem Eingesetzten selbst möglich sein würde; grade für diese Zeit liegt in jenem Falle Uebergehung vor.

Ungeachtet jener Aeußerung der l. 29 § 10 cit. nimmt man heutzutage fast allgemein an, auf den Weg der **Erbeseinsetzung** des Sohnes sei der Erblasser nur beschränkt, wenn der Postumus der einzige im Testament ernannte Erbe sei; werde ein Miterbe oder Substitut berufen, so könne auch Enterbung des Sohnes verfügt werden[5]). Ich muß widersprechen. Ist ein Miterbe ernannt, so steht zwar fest, daß diesem der Erbtheil des Postumus anwächst, sobald die dessen Einsetzung in der Aquilischen Formel beigegebene Bedingung („si filius meus vivo me morietur“) ausfällt[6]); trotzdem ist dieser Erbtheil an erster Stelle dem Postumus zugedacht und danach ist die Enterbung des Sohns zu beurtheilen. Für diese besteht nun der weitere Satz: um gültig zu sein, muß **sie gegenüber allen in dem nämlichen Grade gerufenen Erben erfolgen**[7]); demnach muß sie im Testament in Anwendung sowohl auf den Postu-

---

[4]) Julian. l. 13 § 2 D. de lib. 28. 2. Testamentum, quod hoc modo scribitur: „Titius post mortem filii mei heres esto: filius exheres esto“ nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est —. l. 4 § 2 D. de her. inst. 28. 5. Vergl. den § 12 unter C.

[5]) So **Mühlenbruch** S. 200 f. (wo litterarische Nachweise). **Schmidt** S. 27 a. E., besonders Anm. 78. Bei Ernennung eines Miterben soll die Enterbung des Sohnes ganz besonders dann unbedenklich sein, wenn sie vor aller Erbeseinsetzung ausgesprochen wird. In diesem Sinne formulirt **Schmidt** die Verfügung so: filius meus exheres esto; Titius heres esto; si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos cet. Ich finde nicht, daß das an den im Text von mir begründeten Bedenken etwas ändern könnte.

[6]) l. 26 § 1 D. de cond. et dem. 35. 1.

[7]) l. 3 § 2 D. de lib. 28. 2. Ulp. l. 8 § 3 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 Si *ab uno ex heredibus sit filius exheredatus,* Marcellus lib. 9 Dig. scribit *filium non videri exheredatum* —.

mus wie auf dessen Miterben ausgesprochen sein. Dieser Anforderung kann in dem vorausgesetzten Falle nicht entsprochen werden. Denn die Enterbung zu dem Theile des Postumus ist nichtig, eben weil sie post mortem des Sohnes verfügt wird (vergl. Anm. 4), die jetzt allein übrig bleibende Enterbung zum Theile des Miterben ist nichtig, weil nicht mehr Enterbung gegenüber allen Erben vorliegt (Anm. 7): folgeweise ist auch das Testament wegen Uebergehung des Sohnes hinfällig. — Ist neben dem Enkel ein Substitut ernannt, so ändert dies nichts daran, daß die Enterbung beim ersten Grade (der Einsetzung des Enkels) aus dem wiederholt erwähnten Grunde ungültig ist. Daraus ergibt sich, daß dieser Grad, auf den es allein bei unsrer Frage ankommt, als nicht vorhanden zu betrachten ist; der Sohn ist in Wahrheit bei ihm präterirt[8]).

Man wird hiernach an den Worten Scävola's in l. 29 § 10 cit. festzuhalten haben: der Sohn muß zum Erben eingesetzt sein.

An die Mittheilung der Aquilischen Formel knüpft Scävola zunächst die Bemerkung (l. 29 § 1 D. eod.), die Formel werde mit Recht von Manchen auch dann zulässig befunden, etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat; sie soll hier doch für den Fall Geltung haben, der sich aus den Worten entnehmen läßt. Die Bedeutung dieser Aeußerung ist eben so zweifelhaft wie streitig. Die beliebteste Auslegung nimmt an, Scävola rede nur von einer Verwendung der Formel für den ursprünglichen, von ihrem Urheber Gallus selbst in's Auge gefaßten Fall; die Stelle enthielte dann nur die folgende Bemerkung: da vorausgesetzt werden müsse, daß der Einsetzung des Postumus eine genügende Berücksichtigung des Sohnes voraufgehe (l. 29 § 10 cit.), so könne der Hinweis auf das Versterben des Sohnes vor dem Erblasser, wie solcher sich im Eingang der Formel finde, entbehrt werden, die Einsetzung des Enkels sei ohne Weiteres auf diesen Fall zu beziehen[9]). Bei der außer-

---

[8]) Afric. l. 14 § 1 D. de lib. 28. 2. (Quod) vulgo dicitur eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere —. l. 43 § 2 D. de vulg. 28. 6.

[9]) So Mühlenbruch S. 193—197, wo Bericht über die verschiedenen Meinungen; ebenso Schmidt S. 28 bei Anm. 80. Die Auslegung stößt auf das Bedenken, daß bei Weglassung des „si filius meus vivo me morietur" der Enkel neben seinem Vater, der doch nach § 10 eingesetzt werden muß, gerufen erscheint. Dieses Bedenken würde schwinden, wenn man in unserem § 1 statt „sed simpliciter *instituat*" läse „sed simpliciter *substituat*". Dann lautete der Eingang der Formel: si filius heres non erit, und der Enkel käme zur Erbfolge: a. als

ordentlich knappen Fassung des § 1 cit. ist es sehr zweifelhaft, ob diese Auslegung Scävola's Gedanken wiedergibt; völlig befriedigend erscheint sie keinesfalls. (Vergl. Anm. 9).

Mit angemessener Veränderung wird hiernächst die Formel auf die Einsetzung von Descendenten entfernteren Grades übertragen. So auf die des Urenkels, mag bei Errichtung des Testaments der Sohn bereits verstorben, der Enkel noch am Leben sein (l. 29 § 2 D. eod.), — mag umgekehrt der Enkel verstorben sein, der Sohn noch leben (l. 29 § 3 D. eod.[10]), — oder mögen zur Zeit Sohn und Enkel dem Urenkel noch im Wege stehen (l. 29 § 4 D. eod.). Im ersten dieser drei Fälle bedarf es einer Berücksichtigung des Enkels nicht, da dieser nur die Ansprüche eines Accrescenzerben hat (l. 29 § 10 in f. D. eod.); im dritten Fall ist Berücksichtigung des Enkels nöthig, damit dieser nicht das Testament vernichtet, wenn er seinen Vater überlebt (l. 29 § 4 D. eod.). Indessen ist ein solches Bedenken des nachrückenden Enkels erst durch die lex Junia Velleja möglich gemacht. Hiervon unter III.

Zum Abschluß dieser Bemerkungen über die durch Gallus eingeleitete Entwicklungsstufe mögen hier einige Worte über die l. 29 § 5—9 D. eod. Platz finden. Nach § 5 cit. soll analog dem Recht der lex Junia Velleja die Einsetzung eines Enkels mit Verwendung der Aquilischen Formel auch dann wirksam sein, wenn der Sohn anders

---

postumus suus, sobald sein Vater vor dem Erblasser wegfiel; b. bei sonstigem Wegfall des Vaters als substituirter postumus alienus; als solcher erhielt er zu Scävola's Zeit eine bon. poss. secundum tabulas, pr. J. de bon. poss. 3. 9. l. 3 D. de bo. poss. sec. tab. 37. 11. — Will man nicht emendiren, so läßt sich vielleicht die Stelle dahin verstehen, daß die zweite in der Aquilischen Formel vorkommende Erwähnung des Todes des Sohnes, verb. „in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur" als überflüssig bezeichnet wird. In der That findet sich die Formel in dieser verkürzten Gestalt in *l. 37 pr. D. de her. inst. 28. 5.* — Von den in der Wissenschaft vertretenen Auffassungen verdient außer der im Text erwähnten nur Beachtung die von Francke S. 24 (auch *Cujac.* comm. ad. Dig. 28. 2. l. 29. — I. 1072): Scävola soll danach sagen, die Formel sei auch für andere Fälle des Wegfalls des Sohnes tauglich zu machen, wenn man sie nicht im Eingang auf dessen Versterben vor dem Erblasser beschränke. Dem steht jedoch entgegen, daß und wie diese Fälle vom Juristen in den §§ 5 und 6 der Stelle behandelt werden.

[10]) Die Florentinische Handschrift hat im § 3 „jam mortuo pronepote": ohne Zweifel ist letzteres Wort umzuändern in „nepote". Vergl. Francke S. 24. Mühlenbruch S. 189 f. Anm. 14.

als durch Tod, namentlich durch capitis deminutio magna, aus der väterlichen Gewalt austritt. Dasselbe soll von der Einsetzung des Urenkels gelten, wenn der vor diesem stehende Enkel emancipirt wird. Wenn in diesem Fall als emancipirt der Enkel und nicht der Sohn bezeichnet wird, so beruht dies darauf, daß zu Scävola's Zeit die Ansicht beliebt war, die Emancipation des Sohnes müsse wegen des mit der ersten und zweiten Freilassung aus dem Mancipium erfolgenden Rückfalls in die väterliche Gewalt das Testament rumpiren[11]). — Die §§ 6—9, durchweg casuistischen Inhalts, bereiten sowohl dem Versuche, die in ihnen behandelten Rechtsfälle zu construiren[12]), wie der Feststellung des sehr fehlerhaften Textes Schwierigkeiten. Ein Eingehen auf die hieran anknüpfenden Streitigkeiten ist nicht veranlaßt.

II. Sowohl bei denjenigen testamentarischen postumi, welche dies schon bei Lebzeiten des Erblassers, immer aber durch Geburt werden, wie bei den andern unter jenen Begriff fallenden Notherben, die genau gesprochen zufolge einer Quasiagnation *postumorum loco* sind, ist die Möglichkeit letztwilliger Bedenkung durch die lex Junia (in manchen Stellen Julia) Velleja begründet[13]). Hinsichtlich des Alters des Gesetzes schwankt man zwischen der letzten Zeit der Republik und den Jahren 763 (Augustus), 780 (Tiberius), 799 (Claudius; Jahr des St. Vellejanum). Das Wahrscheinlichere ist, daß das Gesetz im Jahr 780 ergangen und nach den consules suffecti M. Vellaeus Tutor, L. Junius Silanus benannt ist[14]).

Von den nach der Testamentserrichtung, aber noch bei Lebzeiten

---

[11]) Gaj. II. 141. Ulp. 23. 3. l. 8 § 1 D. de injusto 28. 3. Mühlenbruch S. 273—276, womit jedoch zu vergleichen ist S. 245—247. Schmidt S. 29 Anm. 82.

[12]) Diese Fälle sind, wie ich glaube, richtig von Francke bestimmt worden (S. 27—33); im Wesentlichen übereinstimmend Vangerow II S. 221—223 (Aufl. VII).

[13]) Die Stellen, in welchen neben dem regelmäßigen Namen Velleja (auch Vellea) oder auch anstatt desselben die Bezeichnung „Julia" oder „Junia" vorkommt, sind § 2 J. de exher. lib. 2. 13. Theophil. ib. Ulp. 22. 19. l. 10 § 2 D. de test. tut. 26. 2. l. 13 D. de injusto 28. 3.

[14]) Dafür Huschke, not. ad Ulp. 22. 19. (jurisprud. Antejust.) und (abweichend von seiner früheren, in Bekker's Jahrb. II S. 337 ausgesprochenen Ansicht) Th. Mommsen not. crit. ad Dig. 26. 2 l. 10 § 2. — Weiteres über die Streitfrage bei Mühlenbruch 36 S. 179 f. Anm. 98 in Verbindung mit 97. Schmidt S. 30 f. Anm. 84 in Verbindung mit 83.

des Erblassers gebornen Notherben, welche sofort im Augenblick ihrer Geburt sui des Erblassers werden, handelte die lex Velleja im ersten Kapitel[15]). Bei ihnen kam es darauf an, allererst die Möglichkeit ihrer Einsetzung zu begründen, der Regel von der Unstatthaftigkeit der Bedenkung einer incerta persona ein weiteres Stück ihres Gebiets abzuringen: das war in der That der Inhalt der Vorschrift[16]). Die l. 29 § 12 D. de lib. 28. 2 hebt hervor, daß dem Gesetz sachgemäß eine allgemeine Fassung gegeben war, vermöge deren entferntere Descendenten gleichmäßig gültig eingesetzt werden konnten, mochte die zwischen ihnen und dem Erblasser stehende Person schon zur Zeit der Testamentserrichtung oder erst in der Folge (nur immer vor ihrer Geburt) weggefallen sein. Um diesen Satz darzulegen, theilt Scävola einen kleinen Theil der Gesetzesworte so mit:

nam (etsi del. Mühlenbruch S. 207 Anm. 55) ita verba sunt: „qui testamentum faciet, ist omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit“ — „et cetera“ — „etiamsi (vovente del. Mühlenbruch S. 208 Anm. 58) parente vivo nascantur“ [17]).

---

[15]) Vergl. zum Folgenden Francke S. 33—35. Mühlenbruch S. 202—216. Vangerow § 468 Anm. 1 unter 3a. Schmidt S. 30. 31. — Aus den Quellen Ulp. 22. 19. l. 29 § 11. 12 D. de lib. 28. 2.

[16]) l. 29 § 15 D. eod.: — superiore capite *ut liceat institui* nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, *permitti* (permittit? ed. Momms.).

[17]) Das „omnis“ ist hier wahrscheinlich die alte Form des accus. plur. — Im Text der l. 29 § 12 cit., wie er in der Florentiner Handschrift lautet, sind außer den im obigen Abdruck angedeuteten noch folgende Aenderungen nöthig: a. Bei den Worten „si nepos, qui eo tempore“ ist das „qui“ zu streichen. b. Bei dem „verum et si vivo patre nascatur“ ist das „nascatur“ falsch, weil Kap. I des Gesetzes Suität bei der Geburt des Postumus fordert, l. 29 § 15 D. eod. Das Wort ist zu streichen oder durch „instituatur“ zu ersetzen. — Alle diese Aenderungen hat schon Cujaz empfohlen (comm. ad Dig. 28. 2 h. l. op. I. 1076). Die Ausgabe von Mommsen schlägt drei weitere Emendationen vor: a. Sie ergänzt den Text im Eingang des § so, daß schon die Frage auf die zwei Fälle der noch lebenden und der schon ausgefallenen Mittelsperson gestellt wird. Dies ist, wie mir scheint, nicht geboten. b. Bei den Worten im Eingang „et nepotem nondum natum tantum“ will sie das „tantum“ in „etiamtum“ verändern. Dies empfiehlt sich, wenngleich das „tantum“ nicht durchaus unerträglich ist. Cujaz will letzteres Wort streichen, die Neueren wollen es meist in „tamen“ umwandeln. Vergl. Mühlenbruch S. 204 Anm. 48. c. Sie zieht, wie das bis auf Cujaz meist geschah, die Schlußworte „etiamsi vovente parente vivo nascatur“ zum § 13, erklärt sie dann aber für unächt; dadurch ist sie weiter genöthigt, das „nam etsi ita verba sunt“ mit einer schon der Glosse bekannten Variante in „tametsi ita verba sunt“ zu ändern. Man wird widerstehen müssen, theils weil die Emen-

An dieses Fragment des Gesetzes knüpft sich die Streitfrage: begründete das Gesetz nur für männliche Postumi die Möglichkeit letztwilliger Berücksichtigung? Das hat man vielfach behauptet, — neuerdings namentlich mit der Begründung, daß zur Zeit des Erlasses der lex Velleja die Frauen wegen der lex Voconia nur in beschränkter Weise aus einem Testament erben konnten[18]). Indessen schafft sich diese Annahme nur dadurch eine Begründung, daß sie die im obigen Stück der lex Velleja durch das „et cetera" angedeutete Lücke einzig mit einigen die Einsetzung der Postumi gestattenden Worten („instituendi potestatem habeto") ausfüllt. In Wahrheit dürfte das Gesetz an jener Stelle neben der Einsetzung die Enterbung erwähnt und bei dieser die je nach den einzelnen Classen der Postumi verschiedene Form bezeichnet haben. Ich komme auf diesen Punkt unter III.

Die Berufung auf die lex Voconia ist aber auch an sich unzutreffend[19]), da nach diesem Plebiscit Frauen nur von den in der ersten Classe censirten Bürgern nicht eingesetzt werden konnten, demnach ihre völlige Nichtberücksichtigung in der lex Velleja noch unbegreiflich bliebe, — da ferner die lex Voconia schon vor der lex Junia Velleja theils thatsächlich außer Gebrauch gekommen, theils rechtlich zufolge der lex Julia et Papia (757. 763) unanwendbar geworden war: letzteres Gesetz hatte die Erbfähigkeit der Frauen in umfassender Weise auf abweichender Grundlage geregelt[20]).

III. Zur Darstellung des Rechts in Ansehung der Notherben, welche *postumorum loco* sind, müssen wir etwas ausholen.

Der Erblasser kann die unter diesen Begriff fallenden Personen (vergl. die Aufzählung im § 3 unter 1—5 S. 11—13), auch bevor sie seine sui sind, zu Erben einsetzen[21]). Treten sie aber in der Folge zu ihm in die Stellung von sui, so ist nach ursprünglicher römischer Anschauung mit jener früheren Einsetzung der Anforderung des Noth-

---

bation gewaltsamer ist, als wenn man mit uns blos in dem „nam etsi ita verba sunt" das „etsi" streicht, theils weil die im § 12 der Stelle mitgetheilten Gesetzesworte auch in der ihnen von Mommsen gegebenen Fassung ein Bedenken, wie es doch durch das voraufgehende „tametsi" angedeutet würde, nicht begründen. (Vergl. auch hierbei Mühlenbruch an den im Text bezeichneten Stellen.)

[18]) Francke S. 34 Anm. 38. Mühlenbruch S. 214. Heumann S. 320 Anm. 2. (Andere Erklärungsversuche bei Mühlenbruch S. 214 Anm. 72.)

[19]) Dies ist ausgeführt von Schmidt S. 31 f. Anm. 87, wo weitere Gründe.

[20]) Vergl. Bachofen, lex Voconia S. 105—118.

[21]) Vergl. l. 29 § 15 D. de lib. 28. 2.

erbenrechts nicht genügt: trotz derselben wird mit ihrer Quasiagnation das Testament vernichtet[22]). Schmidt (S. 16) erklärt dies daraus, daß eine solche zufällige Bedeutung ihren Maßstab nicht in der Rücksicht auf die Familienverbindung gefunden hatte. Ich nehme Anstand, dieser Auffassung zu folgen, hat doch vom Standpunkt des formellen Notherbenrechts der Umfang des zugewiesenen Erbtheils keine Bedeutung[23]). Man wird den Grund darin zu suchen haben, daß die Zuwendung im Sinne des Testaments einem extraneus gemacht, demnach dem Notherben als solchem nicht der vom Recht geforderte honor erwiesen war[24]). Noch weniger als durch jene Einsetzung konnte der Erblasser den letzten Willen durch Enterbung des künftigen Notherben sicherstellen: die Enterbung eines Fremden ist rechtlich ohne Bedeutung[25]). — Es leuchtet ein, daß ein solcher Rechtszustand eine ähnliche Gefahr für das Testament in sich schloß, wie sie beim eigentlichen Postumus durch das Zusammentreffen der Nichteinsetzbarkeit von incertae personae mit der Regel des formellen Notherbenrechts erzeugt wurde: auch die Quasiagnation erfolgte in vielen Fällen unabhängig vom Willen des Erblassers, zuweilen nach dessen Tode[26]); der letzte Wille war daher der Vernichtung ausgesetzt, ohne daß ein sicheres Mittel bestand, diese zu verhüten. Auch hier mußte es zu einer Abhülfe kommen.

a. Den ersten Schritt auf dieser Bahn bezeichnet das zweite Kapitel der lex Velleja[27]). Rückt ein Descendent, der zur Zeit der Testamentserrichtung in der mittelbaren Gewalt des Erblassers stand, noch vor dessen Tode durch Wegfall der in der Mitte stehenden Person in die Stellung eines suus heres ein, so soll nach jenem Gesetz seine vorher im Testament verfügte Erbeseinsetzung oder Ent-

---

22) Vergl. einstweilen Gaj. II. 140—143.

23) l. 29 § 10 D. de lib. 28. 2.

24) Aus dem gleichen Grunde reichte es ja nicht aus, daß eine der Gewalt des Notherben unterworfene, für diesen erwerbende Person eingesetzt wurde: l. 3 § 15 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

25) Paul. l. 132 pr. D. de V. O. 45. 1: — an et hic exigimus exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas? — Dazu l. 8 § 8 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

26) Vergl. die Fälle in § 3 unter 2 a. E. 3 und 5. (S. 12—14.)

27) Francke S. 35—38. Mühlenbruch S. 216—227. S. 230—236. Vangerow § 468 Anm. 1 unter 3b. Schmidt S. 32—35.

erbung die Ruption verhindern[28]). Scävola hebt hervor, daß es sich dabei — im Unterschied von Kap. I des Gesetzes — nicht darum handelte, die Einsetzung des Descendenten möglich zu machen, vielmehr die Vernichtung des Testaments verhütet werden sollte[29]). Das Wegfallen des in der Mitte stehenden Descendenten war im Gesetz passend mit der allgemeinen Wendung bezeichnet: si quis ex suis heredibus suus esse desierit; damit waren von vorn herein die Fälle unter das Gesetz gezogen, wo jener Descendent anders als durch den Tod, z. B. durch capitis deminutio, ausschied[30]). Uebrigens mußte dieser Näherstehende selbst gehörig berücksichtigt sein und zwar der Sohn unbedingt, der Enkel (dessen Kind zuletzt als Quasipostumus erbt) auf den Fall, daß er selbst bei Lebzeiten des Erblassers zufolge früheren Wegfalls des Sohnes als suus nachrückte[31]).

Bei dem Fall aus Kap. I des Vellejischen Gesetzes — dem des Postumus, welcher bei Lebzeiten des Erblassers geboren wird — soll nach Mühlenbruch[32]), wie schon unter II angedeutet wurde, die Möglichkeit der im Voraus zu verfügenden Enterbung des Nachgebornen nicht vom Gesetz berührt gewesen sein, sie wäre erst in der Folge im Rechtsleben zugelassen. Zu der gleichen Annahme neigt dieser Schriftsteller bei dem uns jetzt beschäftigenden Kap. II des Gesetzes. Es scheint mir unzweifelhaft, daß beide Kapitel aus-

---

28) l. 29 § 13. 14 D. de lib. 28. 2. In beiden Paragraphen sind Aenderungen des Textes nöthig: a. Im § 13 ist statt „*nec* succedens pronepos" cet. zu lesen: „*ne* succedens pronepos". Vergl. Francke S. 36 Anm. 41. Vangerow II S. 224 Anm. 15. (Letzterer hebt mit Recht hervor, daß Mühlenbruchs Auslegung des § 13, S. 217—222, durch einen auffälligen Irrthum getrübt ist.) b. Im § 14 wird ein Stück des Gesetzes mitgetheilt: hier erscheint das „in locum suorum sui heredes succedunt" unerträglich, das letzte Wort wird mit Mühlenbruch S. 233 f. in „succedendo" verändert werden müssen. Dafür sprechen die von Mühlenbruch beigebrachten Stellen, welche allem Anschein nach den Ausdruck des Gesetzes wiedergeben.

29) l. 29 § 15 D. eod.

30) l. 29 § 13 cit. — Anknüpfend an den im Text erwähnten Gedanken bespricht l. 29 § 14 cit. den Fall, wo der Enkel von einem in Kriegsgefangenschaft befindlichen Sohn eingesetzt war, der Sohn aber erst nach dem Vater in der Gefangenschaft starb. Hier kam der Enkel noch immer in die Stellung eines suus des Großvaters; aber seine Berücksichtigung im Testament hinderte dessen Vernichtung.

31) l. 29 § 13 in f. cit.

32) A. a. O. S. 209—213. S. 234—236.

drücklich Einsetzung wie Enterbung zuließen[33]); auch wird man sagen dürfen, daß Beide die Form der Enterbung näher bestimmten.

Beim Kap. II. — Quasipostumus durch Nachrücken — liegt eine größere Zahl von Zeugnissen vor[34]). In Ulp. l. 10 § 2 D. de test. tut. 26. 2 wird die Einsetzung oder Enterbung, in l. 2 C. de lib. praet. 6. 28 wird die Enterbung des als suus heres nachrückenden Descendenten als Mittel bezeichnet, das Testament gegen Ruption zu sichern: die Ausdrücke, mit welchen beide Stellen den Rechtssatz auf die lex Velleja zurückführen, sind nicht wohl anders zu verstehen, als daß eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes jenes Mittel an die Hand gab[35]). Wenn zugleich namentliche Enterbung des nachrückenden Enkels verlangt wird, so kann dies nach dem Wortlaut der Stellen von deren Verfassern aus dem Recht ihrer Zeit hinzugefügt sein[36]). Wichtiger ist l. 13 D. de injusto 28. 3 (aus Gaj. lib. II instit.): hier wird die Einsetzung oder Enterbung des nachrückenden Enkels gradezu als vom Gesetz vorgeschrieben bezeichnet (lege Junia Vellea provisum est). Damit stimmen überein der aus Gajus entlehnte § 2 I. de exher. lib. 2. 13 und zu dieser Stelle Theophilus. In den Institutionen wird hinzugefügt, das Vellejische Gesetz habe zugleich die Enterbungsform „ad similitudinem postumorum" bezeichnet; dasselbe bemerkt Theophilus zu § 2 I. cit., der dann noch diese Form genauer darstellt[37]). Von Mühlenbruch (S. 210—212) wird zwar die Beweiskraft der drei letzten Stellen angefochten; indessen sind seine Einwendungen schon an sich von geringer Erheblichkeit, sie schwinden vollends, wenn man den Schluß

33) Vergl. Schmidt S. 31 Anm. 87 z. A. S. 34 f. Anm. 96.

34) Näher erörtert bei Schmidt Anm. 96.

35) Ohne Gewicht scheint mir Ulp. l. 2 D. de vulg. 28. 6. Zwar wird auch hier das Vellejische Gesetz in Verbindung mit dem Satz des Textes erwähnt, aber man kann das Fragment ohne Zwang so auslegen, daß Ulpian die Form, in welcher dem Notherbenrecht Genüge geschieht (Einsetzung oder Enterbung), ohne Rücksicht auf den Inhalt des Gesetzes zur Sprache bringt.

36) Die Stellen beweisen bei diesem Punkte nicht mehr als Paul. III. 4ᵇ § 10. Paulus lehrt ohne Erwähnung des Gesetzes, ein Enkel, der in seines Vaters Stelle einrücken könne, müsse eingesetzt oder namentlich enterbt werden, damit er nicht das Testament durch (Quasi-)Agnation vernichte.

37) Bei dem zuletzt erwähnten Theile der Ausführungen von Theophilus besitzen wir nur einen corrumpirten Text; doch wurde gewiß gesagt, daß männliche Postumi namentlich enterbt werden müssen, bei weiblichen exheredatio inter ceteros mit Aussetzung eines Legats genüge. (Vergl. die folgende Anmerkung.)

der entsprechenden Aeußerung bei Gaj. II. 134, soweit er nach Studemund lesbar ist, berücksichtigt. Danach erweisen sich jene drei Stellen als durchaus unverdächtig [38]).

Ich komme zu den Postumi aus Kap. I des Gesetzes — solchen, die vor des Erblassers Tode geboren und mit der Geburt sui werden. Von ihnen äußert Ulpian, l. 3 § 1 D. de injusto 28. 3:

— sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, *ita demum per legem Velleam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati.*

Mühlenbruch stellt in Abrede (S. 209 f.), daß diese Worte auf einen vom Gesetz ausgesprochenen Rechtssatz gedeutet werden müßten: allein das „ita demum" verweist deutlich auf eine vom Gesetz aufgestellte Bedingung, die erfüllt sein muß, wenn die Ruption verhütet werden soll. Die l. 3 § 1 cit. bildet das einzige directe Zeugniß bezüglich der gegenwärtig in Frage stehenden Classe der Postumi: indessen wird sich mit Hülfe der Stelle und der Ergebnisse, zu welchen wir soeben bei der Besprechung von Kap. II der lex Velleja gelangt sind, das in l. 29 § 12 D. de lib. 28. 2 enthaltene Fragment des Gesetzes ergänzen lassen. Ich setze die schon früher (S. 51) mitgetheilten Worte noch einmal hierher:

— qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit *etc.*, etsi parente vivo nascantur.

Wie unter II bemerkt wurde, nimmt eine beliebte, auch von Mühlenbruch getheilte Ansicht an, daß das Gesetz nur von männlichen Postumi sprach; darum soll die in den Gesetzesworten der l. 29 § 12 cit. mit *etc.* angedeutete Lücke nur mit einer kurzen Phrase ausgefüllt werden, welche solche Notherben zu Erben einzusetzen erlaubte. (S. 52.) Dem entgegen müssen wir nach Allem, was wir zufolge der dargelegten Aeußerungen der Quellen über das Verhalten beider Kapitel des Gesetzes zur Frage der Enterbung der Nachgebornen zu denken haben, mit einer andern Meinung [39]) behaupten, daß jene in l. 29 § 12 cit.

---

[38]) Die erhaltenen Schlußworte lauten nach Studemund: (ne forte — nepos neptisve) *quasi adgnatione rumpat testamentum. idque lege* [m] *junia vellea provisum est in qua simul exheredationis modus notatur, ut virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros exheredentur, dum tamen iis, qui inter ceteros exheredantur aliquid legetur.* Hiernach hatte das Gesetz offenbar die Enterbungsform speziell angegeben.

[39]) *Cujac.* comm. ad Dig. 28. 2. l. 29 § 12. op. I c. 1076. Schmidt S. 31 f. Anm. 87.

zu einem geringen Theil erhaltene Bestimmung des Gesetzes den Erblasser auf die Einsetzung oder Enterbung der nach errichtetem Testament, doch vor seinem Tode gebornen sui verwies, und daß dabei für die Enterbung die im Allgemeinen für Postumi bestehenden Formen vorgeschrieben wurden. Damit sind die erhaltenen Worte „omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit" vollkommen zu vereinigen: sie deuten eben darauf hin, daß für männliche Postumi Einsetzung oder namentliche Enterbung, für weibliche Einsetzung oder Enterbung inter ceteros mit Vermächtnißzuwendung vorgeschrieben wurde. In ihrem ersten Theile wird diese Auffassung durch die besprochene l. 3 § 1 D. de injusto 28. 3 unmittelbar unterstützt.

Die zuletzt erörterte Frage nach den Bestimmungen der lex Velleja über die Form der Enterbung und, was damit zusammenhängt, nach der Ergänzung des kleinen Stücks des Gesetzes in l. 29 § 12 cit. trifft auf ein Bedenken, das man in diesem Zusammenhange meines Wissens noch nicht erwogen hat[40]); dasselbe bezieht sich auf eine Aeußerung Ulpian's über die Enterbung von Nachgebornen. Während hier § 1 J. de exher. lib. 2. 13 und übereinstimmend Theophil. ibid. als früheres Recht[41]) die soeben erwähnte Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts vortragen, lehrt jener Jurist in fragm. 22. 22, nachgeborne männliche Enkel seien namentlich oder auch *inter ceteros* mit Zuwendung eines Vermächtnisses zu enterben. Freilich wird sogleich hinzugefügt:

> sed tutius est tamen nominatim eos exheredari; et id observatur magis;

auch treten mit der ersten erwähnten Aeußerung mehrere Aussprüche desselben Juristen in den Pandekten in Widerspruch, die wenigstens nicht alle den Gedanken einer Interpolation nahe legen[42]). Aber auch

---

[40]) Leist, Forts. III S. 141. 142 berührt zwar bei der Darstellung der Enterbungsvorschriften des prätorischen Rechts auch die von uns im Text zu besprechende Bemerkung bei Ulp. 22. 22; aber auf deren Verhältniß zum Vellejischen Gesetz geht er nicht ein.

[41]) Den Gegensatz des von Justinian mit l. 4 C. de lib. praet. 3. 28 begründeten neuen Rechts hebt noch in demselben Institutionentitel de exhered. lib. 2. 13 der § 5 hervor.

[42]) Wir dürfen gewiß nicht annehmen, daß Ulpian für die verschiedenen Classen der Postumi verschiedene Enterbungsformen angenommen habe; deshalb gehören drei Aeußerungen desselben hieher: a. l. 3 pr. D. de injusto 28. 3. Postumi *per virilem sexum descendentes* ad similitudinem filiorum nominatim

so erscheint es kaum begreiflich, wie der Jurist gegenüber der oben bei der Besprechung der lex Junia Velleja nachgewiesenen gesetzlichen Regelung der Form für die Enterbung einzelner Classen nachgeborner Descendenten zu der vorliegenden abweichenden Ansicht kommen konnte.

Wie man dies indessen immer erklären mag, in unsrer Auffassung des Rechts der lex Velleja darf uns jener vereinzelte Ausspruch nicht irre machen; er tritt in Conflict mit einer Reihe von Aeußerungen der Quellen, die wenigstens zum Theil zuverlässig sind [43]).

b. Durch die jetzt erwogene Vorschrift aus Kap. II des Vellejischen Gesetzes (l. 29 § 13. 14 D. de lib. 28. 2) war es möglich gemacht, Descendenten des Erblassers, die zur Zeit der Testamentserrichtung dessen väterlicher Gewalt unterworfen, nicht aber seine sui waren, im Voraus auf den Fall ihrer Quasiagnation zu berücksichtigen. Hieran lehnt sich am Nächsten eine jetzt darzustellende Rechtsentwicklung an, welche sich auf leibliche, im Zeitpunkt des errichteten Testaments nicht in der väterlichen Gewalt des Erblassers stehende Descendenten bezieht; auch bei ihnen hat man schrittweise den alten Satz aufgegeben, wonach eine durch Quasiagnation in das Verhältniß eines suus heres tretende Person vor der Be-

---

exheredandi sunt. Da per virilem sexum descendentes alle mit dem Erblasser durch männliche Erzeuger verbundenen Postumi sind, auch die weiblichen, so liegt bei dieser Stelle die Annahme der Interpolation sehr nahe. Dafür *Cujac.* ad tit. XXIX Ulp., tit. XI § 4 not. 1; comm. ad Dig. 28. 2 l. 4 — op. I. 319. 1057. — *Schulting,* notae ad Dig. ad l. 3 pr. cit. (Hier werden weitere Vertreter derselben Ansicht genannt.) b. l. 3 § 1 D. eod.: in Anwendung auf postumi Vellejani cap. I wird namentliche Enterbung gefordert ohne Unterscheidung nach dem Grade, freilich auch nach dem Geschlecht. Die Nähe der obigen l. 3 pr. führt zwar auf den Gedanken einer Interpolation; dagegen aber spricht, daß der Jurist sich für seinen Satz ausdrücklich auf das Vellejische Gesetz beruft. c. l. 10 § 2 D. de test. tut., 26. 2, bezüglich auf postumi Vellejani cap. II. Die Stelle ist die am wenigsten verdächtige; sie fordert für den nachrückenden Enkel namentliche Enterbung.

[43]) In Betracht kommen alle Aussprüche, welche für Postumi oder Quasipostumi entfernteren Grades vom Standpunkt des classischen Rechts oder auch des Rechts der lex Velleja namentliche Enterbung fordern, also a. für eigentliche Postumi: § 1 J. de exher. lib. 2. 13. Theophil. ib. (Ulp. l. 3 pr. D. de injusto 28. 3.) b. für *postumi Vellejani cap. I:* Ulp. l. 3 § 1 D. de injusto 28. 3. c. für *postumi Vellejani cap. II:* Paul. III. 4[b] § 10. § 2 J. de exher. lib. 2. 13. et ib. Theophil. verb. mit Gaj. II. 134. Ulp. l. 10 § 2 D. de test. tut. 26. 2. Alex. l. 2 C. de lib. praet. 6. 28.

gründung dieses Verhältnisses nicht wirksam eingesetzt oder enterbt werden konnte [44]).

Eine Entscheidung Julian's schließt sich eng an die lex Velleja an. Wenn der Erblasser einen noch ungebornen Enkel von einem lebenden Sohn einsetzte (oder enterbte), der Enkel bei Lebzeiten von Vater und Großvater zur Welt kam, demnächst aber der Vater vor dem Großvater starb, so paßte dieser Fall weder unter Kap. I des Gesetzes, wo nur von Descendenten die Rede war, die mit der Geburt sui wurden, — noch unter Kap. II, das sich auf Descendenten beschränkte, welche zur Zeit der Testamentserrichtung lebten. Wollte man aber sagen, ein Zusammenfassen der beiden in der lex Velleja zur Geltung gekommenen Prinzipien müsse der erwähnten letztwilligen Verfügung die Kraft verleihen, die Vernichtung des Testaments abzuwenden, so stand entgegen, daß das Kap. II des Gesetzes nur solche demnächstige Notherben im Auge hatte, bei denen die rechtliche Möglichkeit, sie zu Erben zu ernennen, nicht erst begründet zu werden brauchte, während im vorwürfigen Falle eine weitere Ausnahme von der Regel nöthig wurde, daß eine incerta persona nicht durch den letzten Willen bedacht werden konnte. Trotz dieses Bedenkens erklärte Julian jene Verfügung für wirksam, indem er sich in der dargestellten Weise auf die Analogie der lex Velleja berief. Diese Ansicht gelangte zu allgemeiner Anerkennung [45]).

Kam ein Kind durch *erroris causae probatio* in die Stellung eines suus des leiblichen Vaters, so galt zur Zeit des Gajus folgendes Recht: erfolgte die Quasiagnation des Kindes nach des Vaters Tode, so schützte nach einem Senatsschluß aus Hadrian's Zeit seine früher angeordnete Einsetzung oder Enterbung das Testament; wurde die causae probatio bei Lebzeiten des Vaters bewirkt, so vernichtete sie das frühere Testament unvermeidlich [46]).

Auch der in dieser Unterscheidung liegende Gedanke indessen, wonach man das alte Recht festhalten wollte, soweit dem Erblasser nach der Entstehung des Notherben eine Aenderung des letzten Willens

---

44) Vergl. zu b. und c. Francke S. 40—44. Mühlenbruch S. 279—286. Vangerow II § 468 Anm. 1 unter 5. Schmidt S. 33—37.

45) l. 29 § 15. 16 init. D. de lib. 28. 2.

46) Gaj. II. 142. 143. — Dagegen vernichtete noch nach Gaj. II. 141 der Rückfall des Sohnes in die Gewalt nach der ersten oder zweiten Mancipation das Testament auch dann, wenn der Sohn in demselben eingesetzt oder enterbt war.

möglich gewesen war, wurde in der Folge aufgegeben. Nach Tryphonin bleibt das über das castrensische Vermögen errichtete Testament Desjenigen, welcher mit seinem Kinde in väterlicher Gewalt steht und dann in Folge des Todes des Vaters selbst Gewalthaber des Kindes wird, gegen die Vernichtung durch den damit eintretenden Notherben gesichert, wenn es dessen Einsetzung oder Enterbung ausspricht[47]). Ebenso ist nach Papinian und Ulpian die Enterbung, um so mehr selbstverständlich die Erbeseinsetzung eines emancipirten Kindes wirksam, wenn das Kind in der Folge vom leiblichen Vater wieder arrogirt wird[48]). In diesem Falle hat es wohl die Annahme des Rechtssatzes gefördert, wie von andrer Seite wiederholt bemerkt ist, daß die Enterbung in Rücksicht auf die prätorische Notherbfolge von vorn herein Bedeutung hatte.

Das Endergebniß der Entwicklung unter b. ist so zu fassen: Einsetzung wie Enterbung eines zur Zeit gewaltfreien leiblichen Descendenten sind geeignet, das Testament gegen Ruption zu sichern, wenn auch der Descendent in der Folge Notherbe des Erblassers werden sollte.

c. Bei Personen, die für den Erblasser im Augenblick der Testamentserrichtung Fremde waren, galt noch zur Zeit des Gajus Einsetzung wie Enterbung als unwirksam gegenüber ihrem späteren Eintreten in die Stellung von Notherben des Erblassers[49]). In Anwendung auf die Enterbung hat man daran auch in der Folge festgehalten;[50]) dagegen erklärte Scävola und bestimmter Papinian die Einsetzung für völlig wirksam[51]).

---

47) l. 28 § 1 D. de lib. 28. 2. Vergl. die Darstellung des Falls in § 3 Num. 5.

48) l. 23 pr. D. de lib. 28. 2. l. 8 § 7, womit zu vergleichen § 10 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

49) Gaj. II. 138—140 (Begründung der Notherbenstellung durch Adoption, Arrogation, in manum conventio).

50) Vergl. die Stellen in Anm. 25, insbesondere Ulp. l. 8 § 8 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 (spätere Arrogation des Enterbten).

51) l. 18 D. de injusto 28. 3. l. 23 § 1 D. de lib. 28. 2 (spätere Arrogation des Eingesetzten). — Darüber, daß l. 6 D. eod. nicht in diesen Zusammenhang gehört, vergl. Schmidt S. 36 Anm. 100.

C. Das Einzelne über die Einsetzung und Enterbung der Notherben.

§ 9.

1. Von der Einsetzung im Allgemeinen *).

Die bei der Darstellung des Wesens des formellen Notherbenrechts nachgewiesene Regel, daß der Erblasser seine Notherben entweder zu Erben einzusetzen oder zu enterben hat, gilt ausnahmslos [1]). Sie ist von den Römern durch eine lange Reihe von Rechtssätzen näher ausgebildet. Zu deren Darstellung ist jetzt an erster Stelle (§§ 9. 10) die Erbeseinsetzung in's Auge zu fassen.

Die Form der Erbeseinsetzung steht im Allgemeinen unter eben den Regeln, welche für jede Einsetzung gelten. Indessen ist für die Einsetzung des Notherben wesentlich, daß derselbe in Person bedacht wird; die Einsetzung eines seiner hausherrlichen Gewalt Untergebenen genügt nicht [2]).

Beim Postumus verlangte das classische Recht, es sollten entweder die beiden Fälle seines Erscheinens vor und nach dem Tode namhaft gemacht, oder der Einsetzung sollte eine allgemeine Fassung gegeben werden, welche den einen wie andern Fall unter sich begriff. War der Postumus nur mit Nennung Eines Falls als Erbe gerufen, so hatte der Eintritt des andern die gewöhnliche Folge der Vernichtung des letzten Willens wegen Präterition [3]). Nach einer Verordnung Justinian's — l. 4 C. de postumis 6. 29 — genügt es dagegen,

---

*) Mühlenbruch 36 S. 349—354. Schmidt S. 39—41.

[1]) Schmidt meint (S. 39 Anm. 111), die Alternative fehle bei denjenigen Quasipostumi, welche nicht eigene Kinder des Erblassers sind, — also in dem soeben im § 8 unter III c. besprochenen Falle. Diese Auffassung ist gewiß nicht begründet. Bevor der Fremde durch Adoption, bei den Römern auch durch in manum conventio, als suus in die Gewalt des Erblassers getreten ist, besteht begreiflich in Rücksicht auf ihn eine Anforderung des Notherbenrechts gar nicht; wird er vor dieser Zeit zum Erben eingesetzt oder enterbt, so ist das keine Erfüllung einer solchen Anforderung, die spätere Entstehung des Gewaltverhältnisses legt nur die Frage nahe, ob gegenüber seiner Berufung auf die Ruption des Testaments die Thatsache seiner Berücksichtigung in demselben geltend gemacht werden kann. Mit dem Augenblick dagegen, wo er die Stellung postumi loco erlangt hat, tritt auch in Ansehung seiner die gewöhnliche alternative Vorschrift an den Erblasser heran.

[2]) Arg. l. 3 § 15 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4. Vergl. Förster p. 278.

[3]) Paul. III. 4[b] § 9. l. 10 D. de lib. 28. 2. — Wegen der Bezeichnung des einzusetzenden Postumus l. 29 § 6 D. de lib. 28. 2.

wenn einer von beiden Fällen bezeichnet wird; der andere ist dann ohne Weiteres in der Einsetzung mit enthalten.

Gegenstand der Einsetzung kann auch eine einzelne Sache sein [4]): bei Bestimmung des Umfangs des zuzuweisenden Erbtheils hat der Erblasser völlig freie Hand [5]).

Grade beim Notherben wird die durch die Quellen angeregte Frage praktisch, welche Grundsätze eintreten, wenn das Testament in Anwendung auf denselben Erben Einsetzung und Enterbung ausspricht, ohne beide Anordnungen durch eine Bedingung zu einander in Beziehung zu setzen [6]). Vom Standpunkt des römischen Rechts läßt sich nicht wohl in Abrede stellen, daß hier die Enterbung unwirksam bleibt: der Einsetzung ist innerhalb des Testaments eine so bevorzugte Stellung angewiesen, daß sie in diesem selbst (durch voraufgehende oder nachfolgende Willenserklärung) nicht zurückgenommen werden kann [7]). Wenn behauptet wird, jener Satz könne uns nicht binden [8]), so ist zwar anzuerkennen, daß demselben nach unsrer Anschauung die innere Begründung abgeht; aber darum darf seine Geltung nicht geleugnet werden, so lange nicht seine Beseitigung durch Gewohnheitsrecht festzustellen ist.

---

[4]) l. 19 D. de lib. 28. 2.

[5]) l. 29 § 10 D. eod.

[6]) Die im Text erwähnte Beziehung ist vorhanden, wenn der Erblasser den Erben unter einer Bedingung oder Auflage (wäre es auch nur rücksichtlich der Form des Erbschaftserwerbs) einsetzt, für den Fall der Nichterfüllung aber enterbt. Das war bei den Römern auch gegenüber einem heres extraneus gebräuchlich: so l. 27 D. ad l. Falc. 35. 2. l. 44 D. de her. inst. 28. 5. l. 41 § 8 D. de legat. III° (32) und der Fall der cretio. In Anwendung auf den extraneus schließe ich mich hierbei der Auffassung an, die schon Mühlenbruch S. 402 f. Anm. 94 angedeutet hat: bei ihm liegt in Wahrheit eine einheitliche Verfügung vor, die Enterbung bezeigt nur den bestimmten Willen des Erblassers, der Gerufene solle nicht anders Erbe sein, als wenn er der seiner Einsetzung beigegebenen Beschränkung genügt. Anders beim Notherben: hier hat die Enterbung eine selbständige Bedeutung.

[7]) Dies zeigen l. 21 l. 13 § 2 D. de lib. 28. 2. l. 17 § 2 D. de test. mil. 29. 1 l. 1 § 4 D. de his quae in test. 28. 4; bestätigend l. 27 § 1. 2. l. 67 D. de her. inst. 28. 5. — Für die Ansicht des Textes unter den Neueren Mühlenbruch S. 393—413 (hier Angaben über die frühere Litteratur). Schmidt S. 39 Anm. 112. A. M. Arndts II (Art. „Enterbung") S. 652—655.

[8]) Dafür Arndts a. a. O. und bestimmter Windscheid III § 562 Anm. 4.

§ 10.

2. Bedingte Einsetzung*).

I. Die der Einsetzung eines Notherben zugefügte aufschiebende Bedingung erfährt bei den einzelnen Classen von Notherben eine ungleiche Behandlung.

A. Beim Haussohne, der schon zur Zeit der Errichtung des Testaments lebt, ist die bedingte Einsetzung ungültig; doch wird eine doppelte Ausnahme zugelassen: die Potestativbedingung ist ohne Weiteres statthaft [1]), — die casuelle Bedingung ist es dann, wenn für den Fall der Deficienz Enterbung verfügt ist [2]), vorausgesetzt, daß die Entscheidung noch bei Lebzeiten des Sohnes eintritt [3]).

Diese Sätze sind vor Allem, soweit es dessen bedarf, zu erklären. Die Regel von der Unstatthaftigkeit bedingter Einsetzung hat man mit Recht darauf zurückgeführt, daß der Erblasser den Notherben — so jedenfalls den lebenden Sohn — für alle Fälle berücksichtigen muß, in welchen es zur Erbfolge auf Grund des Testaments kommen kann; dem genügt die bedingte Einsetzung nicht, da es bei ausfallender Bedingung an einer auf den Notherben bezüglichen Verfügung fehlt [4]). Eben darum erscheint jede Bedingung statthaft, wenn nach dem Testament bei deren Ausfall Enterbung eintreten soll (Text bei Anm. 2). Hier hat der Erblasser bei seiner Entschei-

---

*) Francke S. 46—58. Mühlenbruch S. 354—387. Vangerow II § 469 Anm. unter A. Schmidt S. 41—45. Scheurl, Nebenbestimmungen S. 311 — 325.

[1]) 1. Für die Regel und die erste Ausnahme l. 4 — l. 6 pr. D. de her. inst. 28. 5. l. 28 D. de condic. inst. 28. 7. l. 83 D. de cond. et dem. 35. 1. l. 4 C. de instit. et subst. 6. 25.

[2]) l. 86 pr. D. de her. inst. 28. 5. l. 20 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. l. 4 C. cit. Vergl. auch l. 28 pr. D. de lib. 28. 2.

[3]) l. 28 pr. cit. Wegen des Schlußsatzes der Stelle Schmidt S. 42 Anm. 123 a. E., wo weitere Nachweise.

[4]) Francke S. 46 f. Mühlenbruch S. 354 f. Schmidt S. 42. Freilich gilt der Satz auch dann, wenn der Sohn der einzige im Testament gerufene Erbe, daher bei Nichteintreten der Bedingung die gesetzliche Erbfolge begründet ist; arg. l. 4 pr. l. 5 D. de her. inst. 28. 5. l. 28 D. de cond. inst. 28. 7. Vergl. auch l. 16 D. de lib. 28. 2. Indessen ist jedenfalls von solchen Fällen die vorliegende Rechtsbildung nicht ausgegangen; hatte man aber einmal für andere Fälle die casuelle Bedingung ausgeschlossen, so ist es begreiflich, daß man dieselbe auch dann nicht gelten ließ, wenn der Sohn bei ausfallender Bedingung als gesetzlicher Erbe eintreten mußte.

dung rücksichtlich der gesetzlichen Alternative des Einsetzens oder Enterbens je nach den beiden durch das Setzen der Bedingung gegebenen Möglichkeiten gewechselt, gegenüber einer jeden Möglichkeit aber der Anforderung des Gesetzes entsprochen. — Auf die von uns angenommene Erklärung läuft im Grunde auch die Ausführung von Scheurl[5]) hinaus, nur mischt diese einen Gedanken ein, der nach unserm Urtheil dem Notherbenrecht fremd ist. Scheurl läßt Letzteres an den Satz anknüpfen: die sui sind ohne Weiteres Erben, sie brauchen es nicht erst zu werden; darum sollten sie beim Tode des Erblassers nur dann nicht Erben sein, wenn der Erblasser es selbst durch Testament verboten hatte. Auch testamentarische Erben aber sollten sie nur kraft ausdrücklichen Gebots des Erblassers sein: demnach war weder stillschweigende Ausschließung noch stillschweigende Einsetzung möglich. Daraus ergibt sich für Scheurl die Unzulässigkeit einer einseitigen bedingten Einsetzung, die bei ermangelnder Bedingung zur stillschweigenden Ausschließung führen würde, — nicht minder aber die einer einseitigen bedingten Enterbung, die ihre Ergänzung in einer stillschweigenden Einsetzung zu finden hätte. — Läßt sich aber wirklich der Gedanke einer stillschweigenden Einsetzung für den Aufbau des formellen Notherbenrechts, insbesondere der Lehre von bedingter Berücksichtigung der Notherben verwenden? Ich meine, nein: die stillschweigende Einsetzung ist dem classischen Recht, das doch das formelle Notherbenrecht als fertigen Rechtstheil besaß, völlig fremd; eben darum finden wir weder die allgemeine Frage berührt, ob der Erblasser auf solchem Wege seiner Obliegenheit gegen den suus genügt, noch die besondere Frage, ob in der bedingten Enterbung eine stillschweigende Einsetzung zu finden sei[6]). Hätte man diese Fragen aufwerfen können, so würde die erste sicher bejahend, die zweite aller Wahrscheinlichkeit nach verneinend entschieden sein. Ich gründe diese Annahme darauf, daß zwar die Erbeseinsetzung, nicht aber die Enterbung auf die dem letzten Willen zu Theil werdende günstige Behandlung Anspruch hat[7]).

[5]) A. a. O. S. 312 f.

[6]) l. 19 D. de her. inst. 28. 5. l. 16 § 1 D. de vulg. 28. 6. Anders seit der l. 15 C. de testam. 6. 23 von Constantius. Vergl. Windscheid III § 546 Anm. 11, wo weitere Litteratur.

[7]) Paul. l. 19 D. de lib. 28. 2: — quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur, *aliamque causam esse institutionis quae benigne acciperetur:* exheredationes autem non essent adjuvandae.

Die Ausnahme bei Potestativbedingungen hat man bisher so erklären wollen, daß eine so bedingte Einsetzung einer unbedingten gleich zu achten [8]), demgemäß die Unterlassung der Erfüllung eben so zu beurtheilen sei, wie die Erklärung, man wolle die Erbschaft nicht haben [9]). Gegen diese Behandlung der Frage hat sich in neuester Zeit Scheurl erklärt (S. 318—320) und ich meine, daß jedenfalls sein Widerspruch im Recht ist. Die äußeren Beweise der angefochtenen Ansicht fallen nicht in's Gewicht. Nach l. 1 § 8 D. si quis omissa 29. 4 (Anm. 8) soll der Erbe, welcher die ihm bei der Einsetzung vorgeschriebene Potestativbedingung nicht erfüllt, dann aber das Vermögen als gesetzlicher Erbe erwirbt, den Vermächtnißnehmern grade so aus der Edictsclausel: si quis omissa causa testamenti cet. haften, wie der unbedingt Eingesetzte, der den gleichen Erfolg durch Ausschlagung der Erbschaft aus dem Testament herbeiführt. — Aehnlich verhält es sich mit l. 13 D. de legat. praest. 37. 5 (Anm. 9). Die vom Erblasser dem eingesetzten Erben auferlegten Vermächtnisse an Eltern und Kinder sind vom Notherben, der die bon. poss. contra tabulas gesucht hat, auch dann zu gewähren, wenn der Eingesetzte die Erbschaft nicht erwirbt; dieser schlägt ja meist darum aus, weil ihm die Notherbfolge doch das Vermögen entziehen würde [10]). Letzterer Erwägung gegenüber muß aber auch der, welcher die ihm vorgeschriebene Potestativbedingung unerfüllt läßt, die gleiche Behandlung erfahren. So l. 13 cit. Hiernach liegen in den angerufenen Stellen zwei vereinzelte Anwendungen vor, in welchen die Nichterfüllung der Potestativbedingung dem Erfolge nach dem Ausschlagen der Erbschaft gleichgestellt wird. Daraus ist nichts für die Frage zu entnehmen, warum der Erblasser durch

---

[8]) Ulp. l. 1 § 8 D. si quis omissa 29. 4: — quia ejusmodi condicio (condicionalis institutio? *Momms.) pro pura debet haberi.*

[9]) Tryphon. l. 13 D. de legat. praest. 37. 5. Item a substituto legata deberi dicimus, si institutus condicione defectus esset, quae in ipsius potestate non fuit: nam si eam, quae in ipsius potestate fuit, non implevit, *pro eo habendus est, qui noluit adire hereditatem,* quando nihil habiturus emolumenti condicioni merito non paruerit. Vergl. Mühlenbruch S. 356. Schmidt S. 43.

[10]) So in Uebereinstimmung mit dem Schluß der l. 13 cit. die (l. 3 § 7) l. 4 D. de legat. praest. 37. 5: — cum propter hoc plerumque scripti heredes *omittant hereditatem,* cum scirent emancipatum aut petisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem. (Julian.) Vergl. auch Tryphon. l. 20 pr. D. de bon. poss. co. tab. 37. 4.

Einsetzung unter einer solchen Bedingung seiner an sich auf unbedingte Erbeseinsetzung gerichteten Obliegenheit gegenüber dem Notherben genügt. In der That bietet die herrschende Auffassung zur Beantwortung dieser Frage nur eine Fiction, und dadurch wird nichts erklärt. Man erwäge, daß der bedingt Eingesetzte, mag immer die Erfüllung der Bedingung von seinem Willen abhängen, eine Erfüllungshandlung vornehmen muß, damit er erwerbe. Bis diese erfolgt ist, wird auch der suus nicht Erbe [11]); stirbt er also vor erfüllter Bedingung, so geht die Erbschaft nicht auf seine Erben über. Wo eine solche Thatsache vorliegt, ist zu behaupten, daß es eine praktische Rücksicht gewesen sein muß, um deren willen man die Einsetzung des suus heres unter potestativer Bedingung zugelassen hat.

Von dieser Auffassung aus stellt Scheurl die Frage so: warum ließ man bei der Einsetzung unter einer Potestativbedingung das Erforderniß einer auf die entgegengesetzte Bedingung gestellten Enterbung fallen? Die Antwort findet er in l. 86 pr. D. de her. inst. 28. 5. Mäcian führt aus, wenn ein suus heres unter der Bedingung „si volet" zur Erbschaft gerufen sei, würde das Verlangen einer Enterbung mit umgekehrter Bedingung („si nolet, exheres esto") lächerlich sein. Eben diese Erwägung nun, meint Scheurl, mochte dahin führen, daß man bei jeder Einsetzung eines filius suus unter irgend einer potestativen Bedingung die Enterbung unter der entgegengesetzten Bedingung für überflüssig erachtete.

So fein der Gedanke ist, so will er doch nicht überzeugen. Wenn Mäcian die Enterbung für den Fall der Nichterfüllung bei den auf das nackte Wollen des eingesetzten Erben gestellten Bedingungen für etwas Unverständiges erklärt, so läßt sich das Gleiche für alle Potestativbedingungen gewiß nicht behaupten: warum soll man also das Erforderniß einer solchen Enterbung, da es doch nur bei einzelnen dieser Bedingungen nicht aufrecht erhalten werden konnte, allgemein bei Potestativbedingungen aufgegeben haben? Weiterhin ist es auch nicht wahrscheinlich, daß die Regel, welche die dem Notherben gestellte (casuelle) Bedingung bei angeordneter Enterbung unter entgegengesetzter Bedingung für statthaft erklärt, älter sein sollte, als

---

[11]) l. 69. l. 86 § 1 D. de her. inst. 28. 5. l. 12 D. de condic. inst. 28. 7. (Vergl. Anm. 13.)

der Satz von der Erlaubtheit potestativer Bedingungen bei der Einsetzung der sui. Dieser zweite Satz ist nicht allein faßlicher, sondern auch praktisch wichtiger als jene Regel: daher wird er vor dieser und also unabhängig von ihr entstanden sein. Diese Annahme wird durch die Quellen unterstützt. Die auf die casuelle Bedingung bezügliche Regel wird von Julian in einer Weise vorgetragen, welche es glaublich macht, daß dieser Jurist ihr Urheber ist[12]); dagegen kennt schon Proculus die Bestimmung, daß jeder unter der Bedingung „si volet" eingesetzte nothwendige Erbe die Stellung eines heres voluntarius erlangt[13]): zu seiner Zeit muß also schon die Möglichkeit bestanden haben, einen suus (et necessarius) mit potestativer Bedingung zu ernennen.

Vielleicht gewährt grade diese Aeußerung des Proculus den Schlüssel zur Lösung des uns beschäftigenden Räthsels. Die Regel, daß der necessarius heres rechtlich die Stellung eines aus freiem Willen eintretenden Erben erlangt, wenn er im Testament unter potestativer Bedingung gerufen ist, dürfte älter sein als das beneficium abstinendi[14]); in ihr hatte wohl vor dem Eingreifen des Prätor die Jurisprudenz dem Erblasser ein Mittel geschaffen, seinen *sui* die Befreiung vom Erbschaftserwerb zu sichern. Um einem solchen unabweislichen Bedürfniß des Rechtslebens gerecht werden zu

---

[12]) Julian. l. 20 § 4 D. de bon. libert. 38. 2: — *existimo* autem, quotiens sub condicione heres filius scribitur, alias necessariam esse exheredationem a substituto, alias supervacuam: nam si id genus condicionis fuerit, quae in potestate filii esset, — *puto* etiam omissa condicione filium locum substitutis facere. — Daß Julian's wissenschaftliche Thätigkeit die Lehre von der bedingten Bedenkung der Notherben auch sonst gefördert hat, zeigt l. 4 D. de hered. inst. 28. 5.

[13]) Procul. l. 69 D. de her. inst. 28. 5. „Cornelius et Maevius, uter eorum volet, heres esto" —. quod si hi (sc. heredes scripti) ex numero necessariorum heredum essent, tum id non frustra adjectum esse *et non solum figuram, sed vim quoque condicionis* continere. — Vergl. dazu Hermog. l. 12 D. de condic. inst. 28. 7. Verba haec: „Publius Maevius, si volet, heres esto" *in necessario* condicionem faciunt —.

[14]) Allerdings hat das beneficium abstinendi nach l. 71 § 9 D. de A. v. O. H. 29. 2. schon zur Zeit des Masurius Sabinus bestanden. Vergl. Schrader ad § 2 J. de hered. qual. 2. 19 verb. „praetor permittit — abstinere". Aber sowohl die hiervon redende Nachricht, wie andererseits die aus l. 69 D. de her. inst. 28. 5 zu entnehmende Notiz über den andern im Text besprochenen Satz beweisen für die betreffenden Zeiten nur das Bestehen, nicht das Entstehen des einzelnen Instituts.

können, nahm man dann den damit sich von selbst ergebenden Satz in den Kauf, daß der suus als Notherbe sich die potestative Bedingung gefallen lassen müsse.

Was die Regel betrifft, daß auch eine casuelle Bedingung genügt, wenn der Notherbe für den Fall des Nichteintretens enterbt wird, so ist sie schon oben erklärt. Indem hier Einsezzung und Enterbung einander ergänzen, wird der Gedanke einer Präterition ausgeschlossen, und diese war es allein, die sich der bedingten Einsetzung des Notherben widersetzt hatte. Daß aber Tryphonin in l. 28 pr. D. de lib. 28. 2 auch in solchem Fall fordert, es müsse der Notherbe den Eintritt der Bedingung erleben, ist Anwendung des Grundsatzes, wonach eine Enterbung für die Zeit nach dem Tode des von ihr Betroffenen ungültig sein soll.

Zu sagen ist jetzt noch, wann eine Bedingung vom Standpunkt des Notherbenrechts eine potestative ist, in welchem Zeitpunkt sie diese Eigenschaft an sich tragen muß, und welche Folgen es hat, wenn die Erfüllung nachträglich unmöglich wird.

Nach der Art, wie die römischen Juristen in unsrer Lehre von der auf den Willen des Notherben gestellten Bedingung reden, ist deren Begriff hier kein anderer, als der ihr sonst im Recht zukommende. Nur tritt bei der hier vorliegenden Anwendung der Umstand besonders scharf hervor, daß die Potestativbedingung vom Notherben nur eine Bethätigung des Willens verlangen soll, die Erbschaft anzunehmen. In diesem Sinne behandelt Alexander in l. 4 C. de inst. vel substit. 6. 25 die Bedingung, in die entfernte, jenseits des Meeres gelegene Heimat zurückzukehren, als eine nicht potestative, — in dem nämlichen Sinne will Ulpian, l. 4 § 1 D. de her. inst. 28. 5, bei den Bedingungen „si Alexandriam pervenerit“, „si X dederit“ darauf gesehen wissen, ob sich der Erfüllung im einzelnen Fall Schwierigkeiten entgegenstellen; — eben diese Auffassung endlich muß durchschlagen, wenn dem Sohne ein schweres Opfer, eine für seine Zukunft folgenschwere Handlung, z. B. die Adoption eines Andern, zugemuthet wird[15]). Die Frage, ob danach eine Bedingung der Anforderung

---

[15]) So Francke S. 48—51. Uebereinstimmend Scheurl S. 318; zu vergleichen sind noch dessen Ausführungen über den Begriff der Potestativbedingung S. 87—89.

des Rechts entspricht, haben wir mit Ulp. l. 4 D. de her. inst. 28. 5 als Gegenstand der Beurtheilung des einzelnen Falls zu bezeichnen[16]).

Jenem ersten Gedanken entsprechend betont Francke (S. 50), daß die Bedingung sich zur Zeit des Todes des Erblassers — also der Delation der Erbfolge aus dem Testament — als potestative darstellen muß. Indessen bedarf es theils einer Vervollständigung, theils einer Berichtigung dieses Satzes. Unbedingt ist nicht auf die Zeit des Todes allein Gewicht zu legen. Denn vor Allem muß der Haussohn gültig zum Erben eingesetzt werden; dem aber ist nicht genügt, wenn die mit seiner Einsetzung verbundene Bedingung zur Zeit der Testamentserrichtung nicht wirkliche Potestativbedingung ist[17]). Die Einsetzung und damit das Testament ist dann von Anfang an nichtig. Neben diesem ersten Zeitpunkt wird weiter der der Delation der Erbfolge aus dem Testament, also die Zeit des Todes des Erblassers, wichtig: für ihn ist die gleiche Anforderung zu erheben. Genau richtig ist indessen diese zweite Zeitbestimmung noch nicht. Wir dürfen nicht vergessen, daß die potestative Bedingung ihrem Begriffe nach den Notherben zu einem bestimmten Handeln auffordert: das darauf gerichtete Verlangen muß, bevor er thätig werden kann, zu seiner Kenntniß kommen. Ist er also nicht ohnehin vom Inhalt des Testaments unterrichtet, so kommt es auf die Zeit des an ihn eröffneten letzten Willens an[18]), nicht auf die Zeit des Todes des Erblassers. Endlich entspricht es dem Wesen der Potestativbe-

---

[16]) So ist in l. 4 D. de her. inst. 28. 5 das „facti potestas" zu nehmen. Th. Mommsen in seiner Ausgabe möchte die Worte durch „facti quaestio" ersetzen.

[17]) Abgesehen davon, daß an sich bei der Vorschrift des Notherbenrechts in Ansehung des Sohnes auf diese Zeit besonderes Gewicht fällt (pr. J. de exher. lib. 2. 13 vergl. mit Gaj. II. 123), sind hervorzuheben Ulp. l. 4 pr. D. de her. inst. 28. 5: Suus quoque heres sub condicione heres potest *instituti:* sed excipiendus est filius, qui *non sub omni* condicione *institui potest* —. Scaev. l. 86 D. eod. Jam dubitari non potest, suos quoque heredes sub hac condicione *institui posse*, ut, si voluissent, heredes essent —. Papin. l. 28 D. de cond. inst. 28. 7: — cum non sufficit sub qualibet condicione *filium heredem institui* —. Einen weiteren Beweis liefert l. 24 D. de lib. 28. 2. Nach der Stelle rumpirt jeder Postumus das Testament sofort, sobald bei seinem Erscheinen die mit seiner Einsetzung verbundene casuelle Bedingung noch schwebt: dem entsprechend muß beim lebenden Sohn die Bedingung schon bei der Errichtung des Testaments den gesetzlichen Erfordernissen entsprechen.

[18]) So auch Scheurl S. 318.

dingung, daß diese sich von dem Augenblick an, wo sie dem Notherben bekannt geworden ist, noch während eines angemessenen, billig zur Ausführung der Handlung in Anspruch zu nehmenden Zeitraums als von dessen Willen abhängig erweisen muß. Auch hier ist Nichtigkeit des der Anforderung nicht entsprechenden letzten Willens zu behaupten.

Eine wesentlich andere Ansicht vertritt Mühlenbruch. (S. 359—367.) Derselbe will, weil es sich bei dieser Frage um die Gültigkeit des letzten Willens handelt, lediglich den Standpunkt des Erblassers berücksichtigt wissen: war die Bedingung zu der Zeit, wo sie als Theil des Testaments angeordnet wurde, eine potestative, so kann die Gültigkeit des Letzteren nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß sie in der Folge unmöglich (oder daß ihre Erfüllung schwierig) wird; vielmehr hat sie nun als erfüllt zu gelten. — Dieser Ansicht stehen innere wie äußere Gründe entgegen. Wenn nach Bestimmung des Rechts die Erbeseinsetzung des Sohnes nur durch Thatsachen bedingt werden darf, deren Verwirklichung von dessen Willen abhängt, so ist dabei neben dem Moment des Zustandekommens des Testaments die Zeit in's Auge gefaßt, wo dieser Wille sich in Bewegung setzen soll. Und wenn die Vernachlässigung der gesetzlichen Vorschrift Nichtigkeit begründen soll, so hat für den Eintritt dieser Folge der zweite Zeitpunkt keine geringere Bedeutung, als der erste. Das bestätigen die Quellen. In l. 4 pr. D. de hered. inst. 28. 5 macht Ulpian die Gültigkeit der bedingten Einsetzung eines Haussohns davon abhängig, daß die Bedingung eine potestative sei; sodann zeigt er im § 1 durch Beispiele, wann eine Bedingung diesem Erforderniß genügt. Danach ist die Bedingung „si Alexandriam pervenerit" nicht in die Willkür gestellt, wenn der Winter die Reise erschwert, wohl ist sie potestativ, wenn der Berufene sich in der Nähe der Stadt aufhält; die Bedingung „si X Titio dederit" hängt nicht vom Willen ab, wenn Titius sich auf einer Reise in eine entfernte Gegend befindet. Augenscheinlich ist beide Male von der Zeit der Delation die Rede. Ganz ebenso ist Alex. l. 4 C. de instit. vel substit. zu verstehen[19]).

Ich komme zu den Wirkungen einer nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung[20]). Aus dem vorhin Gesagten erhellt,

---

[19]) Vergl. das über die Stelle auf S. 68 Bemerkte.

[20]) Daß der Sohn von der Erbfolge ausgeschlossen wird, wenn er wissentlich

daß dieser Begriff nicht anwendbar ist, wenn die Unmöglichkeit vor der Delation der testamentarischen Erbfolge eintritt: hier fehlt es an einer gültigen Einsetzung unter potestativer Bedingung. Liegt dagegen eine solche vor, so besteht zwar für den Notherben keine Frist zur Erfüllung in dem Sinne, daß schon seine Säumniß Deficienz begründete[21]; aber die Bedingung ist vereitelt und damit der Notherbe ausgeschlossen, wenn die Unmöglichkeit eintritt, nachdem demselben eine den Umständen nach genügende Frist zur Erfüllung offen gestanden hatte. Dafür darf man sich schon auf l. 6. D. de. her. inst. 28. 5. berufen; nach der Stelle kann der Erblasser dem Sohn eine mäßige Frist zur Erfüllung (im Fall der l. 6. cit. waren es 30 Tage) vorschreiben: läßt dieser die Frist verstreichen, so ist er damit von der Erbfolge ausgeschlossen. Darf er so durch das Testament beschränkt werden, so kann er auch da, wo eine solche Beschränkung nicht angeordnet ist, keinen Anspruch darauf haben, daß ihm die Erfüllung dauernd möglich bleibe. — Bestimmter sprechen für den obigen Satz l. 5. D. de her. inst. 28. 5. l. 28. D. de condic. inst. 28. 7. In beiden Stellen wird bezüglich des Falls, wo der als alleiniger Erbe und ohne Ernennung eines Substituten eingesetzte Sohn ohne Erfüllung der von seinem Willen abhängigen Bedingung stirbt, so unterschieden. Ist der Inhalt der Bedingung so beschaffen, daß die Erfüllung im letzten Lebensaugenblick möglich ist[22], so wird der Sohn mit dem Tode in Folge vereitelter Bedingung von der Erbschaft ausgeschlossen; kann die Bedingung ihrem Inhalt nach in jenem Augenblick nicht mehr erfüllt werden[23], so ergibt sich, daß eine Erbfolge aus dem Testament nicht stattfindet, Letzteres also destituirt wird: darum wird der Sohn noch vor seinem Ende ipso jure gesetzlicher Erbe des Vaters. Die Entscheidung des zweiten Falls lehrt bestimmt, daß das

---

die Bedingung nicht erfüllt, leuchtet ohne Weiteres ein. Vergl. l. 4 pr. cit. l. 20 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. Schmidt S. 43 Anm. 127.

21) l. 91 D. de cond. et dem. 35. 1. Dazu l. 4 pr. § 2. l. 5 D. de her. inst. 28. 5. l. 16 in f. D. de lib. 28. 2. l. 28 D. de condic. instit. 28. 7. l. 1 § 8 D. de suis 38. 16 — Stellen, welche gleichmäßig voraussetzen, daß der Notherbe bis zum Tode Zeit zur Erfüllung hat. Vergl. auch Scheurl S. 158—160.

22) Als Beispiel wird angegeben: „si Titio dederit“. Hier ist Erfüllung durch einen Andern möglich. — Eine ähnliche Bedingung wird in l. 1 § 8 D. de suis 38. 16 vorausgesetzt.

23) Beispiel der Stellen: „si Alexandriam ierit“. — An eine solche Bedingung hat man auch bei l. 16 in f. D. de lib. 28. 2 zu denken.

(bei Lebzeiten des Sohnes erfolgende) Unmöglichwerden der potestativen Bedingung als Ausfallen derselben, nicht aber als Erfüllung behandelt wird; wäre es anders, so müßte der Sohn als Testamentserbe sterben. Nun kann ja das Ableben des Sohnes früher oder später erfolgen; also ist nicht einzusehen, warum eine andre Folge eintreten sollte, wenn die Bedingung aus einem andern Grunde bei Lebzeiten des Sohnes unmöglich wird. Auch hier also hat Ausschließung des Sohnes von der Erbschaft, als Folge der Vereitlung der Bedingung, einzutreten.

Der jetzt ausgeführten Ansicht begegnet in der heutigen Theorie ein Widerspruch. Bei älteren wie neueren Schriftstellern findet sich die Behauptung, falls die Erfüllung der Potestativbedingung durch Zufall gehindert (oder auch nur schwierig) werde, müsse Letztere als erfüllt gelten, der eingesetzte suus trete daher als Testamentserbe ein[24]). Man beruft sich dafür auf l. 3. l. 11. D. de condic. inst. 28. 7. l. 8 § 7 D. eod. Diese Stellen bestätigen die Ansicht nicht. Nach l. 3 cit. wird die Bedingung „wenn der eingesetzte Erbe einem Dritten 10 zahle", — nach l. 11 cit. die Bedingung „wenn der Eingesetzte den Titius adoptire", für erfüllt angenommen, wenn der Dritte, dessen Mitwirkung zur Erfüllung erforderlich ist, diese Mitwirkung versagt. Das sind Anwendungen einer vielfach in den Quellen bezeugten Regel[25]), sie beweisen den für das Notherbenrecht behaupteten, weit gefaßten Satz überall nicht. Die l. 8 § 7 cit. (zweiter Theil) setzt eine Einsetzung in der Fassung voraus: Titius heres esto ita, ut Stichum manumittat; ist die Erfüllung unmöglich, weil der Sclav gestorben ist, so soll der Eingesetzte dennoch zur Erbschaft zugelassen werden. Ulpian's Begründung lautet:

„implenda est enim voluntas, si potest."

Hier wird man es nach dem heutigen Stande der Wissenschaft kaum noch als bestritten behandeln dürfen, daß der Jurist die Verfügung nicht als eine bedingte behandelt: nach der herrschenden Lehre

---

[24]) Vergl. Mühlenbruch S. 356 (wo frühere Vertreter der Ansicht genannt sind). Vangerow II § 469 Anm. unter A. 1 a. E.

[25]) Vergl. Windscheid I § 92 Anm. 6 z. A. Scheurl S. 160—163. S. 167—170; dazu S. 174—180. — Vangerow selbst benutzt die l. 3. l. 11 citt. an einem andern Orte (II § 435 Anm. 2 unter 1) als Beweise für die im Text angedeutete richtige Regel.

spricht Ulpian von einem Modus[26]), nach Scheurl (S. 177 f.) von einem durch den Erblasser geäußerten Wunsche (voluntas). Jedenfalls entzieht sich der oben erwähnten, auf das Notherbenrecht bezüglichen Meinung auch diese Stütze; ihr fehlt demnach jede quellenmäßige Begründung.

B. Beim Postumus besteht — ohne alle Unterscheidung — ein von den Grundsätzen unter A. abweichendes Recht nur für die Zeit vor seinem Erscheinen. In dieser Zeit übt derselbe auf die Gültigkeit des Testaments, wie es auch lauten mag, keinen Einfluß aus. Ist er als Erbe gerufen, so erträgt die Einsetzung jede Bedingung; nur muß diese erfüllt sein, bevor er zur Welt kommt[27]). Denn von jetzt ab nimmt er Theil an dem für den Haussohn geltenden Recht. Sollte daher seine Einsetzung jetzt noch an eine schwebende casuelle Bedingung gebunden sein, so wird das Testament vernichtet[28]).

C. Die Accrescenzerben (Töchter, Enkel) sollen nach den Quellen unter jeder Bedingung gültig eingesetzt werden können[29]). So klar die Bestimmung scheint, so ist doch ihr Sinn bestritten. Die eine Meinung zieht lediglich die Consequenz aus dem Begriff der bedingten Einsetzung. Da diese den ernannten Erben nur auf den Fall ruft, daß die Bedingung erfüllt wird, so betrachtet man jene Notherben bei ausfallender, wenngleich casueller Bedingung als völlig von der Erbschaft ausgeschlossen[30]). Abweichend hiervon legen Andere den erwähnten Aeußerungen der Quellen nur den Sinn bei: im Fall der Einsetzung des Accrescenzerben unter einer nicht von seiner Willkür abhängigen Bedingung bleibe das Testament bestehen, wie es ja auch bei völliger Präterition nicht nichtig werde. Doch soll auf diesem Wege nur eine einstweilige Ungewißheit darüber begründet werden, ob das Accrescenzrecht zur Geltung kommt: denn beim Eintreten der Bedingung soll ein solcher Erbe auf Grund des Testaments erben, bei deren Ausfall soll er vermöge des Accres-

---

[26]) Vergl. Savigny, Syst. III S. 235 Anm. i; so ferner Vangerow selbst II § 435 Anm. 2 unter 2. d.

[27]) l. 22 D. de lib. 28. 2.

[28]) l. 24 D. eod. — Eine Abweichung für den durch Nachrücken eintretenden Quasipostumus in l. 6 § 1 D. de her. inst. 28. 5. (Vergl. § 3 Anm. 8.)

[29]) Ulp. l. 4. l. 6 § 1 D. de hered. inst. 28. 5: — sub omni condicione instituí possunt —. l. 1 § 8 D. de suis 38. 16.

[30]) Förster § 26 (S. 82 f.). Mühlenbruch S. 387. Schmidt S. 44 f.

cenzrechts an der Erbfolge Theil nehmen[31]). Consequent fügt Scheurl hinzu, auch dann mache sich das Accrescenzrecht geltend, wenn im letzten Lebensaugenblick des Notherben eine Entscheidung über den Eintritt der Bedingung noch nicht bestehe.

Die zweite Ansicht scheitert, wie Schmidt mit Recht annimmt, an l. 1 § 8 D. de suis 38. 16[32]). Ulpian bemerkt: sei ein Enkel als einziger Erbe unter irgendwelcher Bedingung eingesetzt und sterbe er während schwebender Bedingung, so beerben seine Kinder den Urgroßvater als sui heredes. Scheurl bestreitet, daß darin ein Beweis gegen seine Ansicht liege, er weist darauf hin, daß mit dem Tode des eingesetzten Erben das Testament destitut werde. Aber wie kann es zu einem solchen Erfolge kommen, wenn wirklich das Accrescenzrecht Platz greift? Die Sätze, die uns bezüglich des Letzteren überliefert sind, bieten freilich keine unmittelbare Entscheidung für den vorliegenden Fall, wo ein Notherbe als Alleinerbe eingesetzt ist; nichtsdestoweniger läßt sich nicht darüber zweifeln, welche Behandlung ein solcher Fall in deren Geiste zu erfahren hat. Das Accrescenzrecht läßt das Testament in Geltung, aber der Notherbe schiebt sich ungeachtet desselben in die Erbfolge ein. Ist nun im Testament Niemand außer dem unter casueller Bedingung eingesetzten Accrescenzerben gerufen, so müßte dieser nach Scheurl's Auffassung im letzten Lebensaugenblick gegen den letzten Willen — genauer gegen die bedingte Berufung — die Erbschaft allein hinnehmen; alle etwaigen Nebenverfügungen des Testaments aber wären aufrecht zu halten. Mit diesen Grundsätzen ist jedoch die Entscheidung in l. 1 § 8 cit. völlig unverträglich; sie schließt den Accrescenzerben von der Erbschaft aus und weist das Vermögen seinen Kindern als den gesetzlichen Erben zu. Demnach hat Ulpian eine Notherbfolge der Accrescenzerben entgegen der vom Erblasser vorgeschriebenen casuellen Bedingung nicht gekannt.

II. Bei rechtlich oder sittlich unerlaubten Bedingungen — und mit diesen stellt nicht ohne Grund die heutige Theorie die thatsächlich oder rechtlich unmöglichen Bedingungen auf eine Linie —

---

[31]) Francke S. 47 f. Arndts II S. 563. Scheurl S. 314. 319. Wie übrigens Scheurl mit seiner Auffassung die S. 320 a. E. ausgesprochenen Sätze vereinigt, ist mir nicht klar geworden.

[32]) Zustimmend Leist, Forts. III S. 88 bei Anm. 5.

begegnet uns in den Quellen der Ausspruch Papinian's in l. 15 D. de condic. instit. 28. 7:

Filius, qui fuit in potestate, *sub condicione* scriptus heres, *quam senatus aut princeps improbant*, testamentum infirmet (infirmat? Momms.) patris, ac si condicio non esset in ejus potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, *nec facere nos posse credendum est.*

Nicht so leicht, wie zur Anerkennung der angedeuteten objectiven Erweiterung von Papinian's Regel, entschließen wir uns zur Anwendung des danach für den Haussohn geltenden Rechts auf alle Notherben. Zwar beim Postumus liegt im Wesentlichen gleiches Recht vor, wie beim lebenden Sohn; besteht auch ein Unterschied in Ansehung des Anfangspunkts von dessen Geltung, so ist dieser doch für unsre Frage bedeutungslos. Daher ist l. 15 cit. ohne Anstand auf ihn anzuwenden. Anders bei den Töchtern und Enkeln. Ihre völlige Uebergehung bewirkt keine Nichtigkeit des Testaments, und die Einsetzung unter unmöglicher Bedingung[33]) sollte diese Folge haben? Gewiß nicht; man hat zu sagen, daß das Accrescenzrecht sich geltend macht, als wäre der Notherbe präterirt.

Unverkennbar ist der Grundsatz der l. 15 cit. vom Standpunkt der herrschenden Lehre über die der unmöglichen und unerlaubten Bedingung im Erbrecht zu Theil werdende Behandlung ein auffallender. Man findet in den Quellen die Regel ausgesprochen, daß solche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen als nicht beigefügt gelten, warum soll entgegen diesem Grundsatz die Einsetzung eines Notherben durch eine solche Bedingung ungültig, damit das Testament vernichtet werden? Die Art, wie neuerdings Scheurl (S. 322—324) diesen Anstoß zu beseitigen versucht hat, nimmt mit Recht unser Interesse in Anspruch. Bisherige Bearbeitungen des Notherbenrechts haben sich mehrfach zur Erklärung des besonderen Einflusses, welchen die unmöglichen wie unerlaubten Bedingungen im Notherbenrecht ausüben, die Bemerkung genügen lassen, daß ein letzter Wille, dem eine solche Bedingung beigefügt wird, keine Begünstigung verdient[34]). Diese

[33]) Soweit nicht der Inhalt unsrer Ausführungen zu einer Unterscheidung im Ausdruck auffordert, werden im Folgenden die sämmtlichen im Eingang von II erwähnten Arten von Bedingungen als „unmögliche" bezeichnet werden.

[34]) Francke S. 55. Schmidt S. 41.

Auffassung wird sogar unterstützt durch die l. 15 cit.: Papinian hat ja eine unerlaubte Bedingung vor Augen (condicio —, quam senatus aut princeps improbant), grade bei dieser aber ist es erklärlich, wenn das Recht sich nicht dazu versteht, das Testament zu begünstigen. Dennoch widerspricht Scheurl jener Auffassung. Er will nicht zugeben, daß man den letzten Willen (im Ganzen) begünstigt haben würde, wenn man unter Anwendung der obigen allgemeinen Regel des Erbrechts die unmögliche oder unsittliche Bedingung für nicht beigefügt erachtet hätte: auch darin hätte ja die Nichtachtung eines wesentlichen Bestandtheils des erklärten letzten Willens gelegen. Vielmehr würde man nur die Erbeseinsetzung begünstigt haben, und zwar auf Kosten des letzten Willens, der diese Einsetzung ohne Erfüllung der Bedingung nicht gelten lassen wollte.

Das ist gewiß zu spitz. Papinian läßt um der Bedingung willen das ganze Testament fallen; bei Anwendung der Regel des Erbrechts über die unmöglichen Bedingungen würde man dem letzten Willen zur Hülfe gekommen sein, indem man ihm nur das Aufgeben der Bedingung angesonnen hätte.

Hören wir jedoch Scheurls Erklärung der l. 15 cit. Gleich der besprochenen Auffassung anderer Schriftsteller knüpft dieselbe an den Inhalt der Stelle an, nur auf einem andern Punkte. Papinian sagt, der Haussohn vernichte das Testament, *ac si condicio non esset in ejus potestate:* eben das ist für Scheurl der Ausgangspunkt. Die unmögliche Bedingung ist eine nicht potestative, und anders wie die unmögliche Bedingung darf das Recht auch die wenngleich rechtlich mögliche, so doch unerlaubte Bedingung nicht beurtheilen. Nun erträgt die Einsetzung des Notherben nur die von dessen Willen abhängige Bedingung: daher vermag die Einsetzung unter unmöglicher oder unerlaubter Bedingung die Notherbfolge nicht abzuwenden.

Auf den ersten Blick scheint mit dieser Wendung ein einfaches Prinzip gewonnen zu sein, aus dem sich die Entscheidung der l. 15 cit. ohne Weiteres ergibt. Dennoch nehmen wir Anstand, Scheurl auf diesem Wege zu folgen. Es wäre methodisch nicht zu rechtfertigen, wenn die Römer auf die Einsetzung eines Notherben unter unmöglicher Bedingung, wie das nach Scheurls Ansicht Papinian gethan haben soll, ohne Weiteres den Satz angewandt hätten, daß jene Einsetzung nur eine vom Willen abhängige Bedingung zuläßt. Bevor man von diesem concreten Prinzip des Notherbenrechts

Gebrauch machte, mußte gefragt werden, welche Regel das römische Erbrecht für die Beurtheilung der unmöglichen Bedingung ausgebildet hat. Auf diesem Wege würde man zur Beseitigung der Bedingung gelangt sein, und so wäre die in l. 15 cit. behandelte Einsetzung des Haussohns als eine tadellose an das Notherbenrecht herangetreten. Wenn nun trotzdem die l. 15 cit. die entgegengesetzte Entscheidung vorträgt, so muß gefragt werden, ob nicht für diese ein besonderer Grund angegeben werden kann, den die kurze Sentenz des Juristen eher errathen läßt, als ausspricht. Eben darauf zielt die Bemerkung Neuerer ab, die Einsetzung des Notherben unter unmöglicher oder unerlaubter Bedingung sei nicht werth, vom Recht begünstigt zu werden. So wird es, wie uns scheint, genugsam erklärt, daß man dem Fall der l. 15 cit. eine singuläre Behandlung hat zu Theil werden lassen.

Freilich hat Scheurl's Angriff auf diese Auffassung einen tieferen Grund. Derselbe macht der Regel, wonach unmögliche und unsittliche Bedingungen im Testament gestrichen werden, die ihr von der neueren Wissenschaft beigelegte unbedingte Geltung streitig; sie soll nur Aushülfe zu leisten haben, wo nicht schon die natürliche Willensauslegung unter Anwendung höher stehender, allgemeiner Rechtsgrundsätze ein befriedigendes Ergebniß liefert. Grade an einem solchen Princip und dem entsprechenden Ergebniß soll es in unserm Fall nicht fehlen, es soll eben bei der Einsetzung von sui heredes unter unmöglicher oder unsittlicher Bedingung genügen, daß man die Bedingung als nicht vom Willen des Eingesetzten abhängig behandelt.

Auch darin ist jedoch zu widersprechen. Wenige Sätze werden in den Quellen so deutlich in der Gestalt allgemeiner Regeln ausgesprochen, wie die Bestimmung über die Behandlung unmöglicher und unerlaubter Bedingungen letztwilliger Verfügungen[35]). Dieser Haltung der Quellen gegenüber wird man den Bemerkungen, mit welchen

[35]) Von den bezüglichen, namentlich bei unmöglichen Bedingungen in nicht geringer Zahl vorliegenden Aussprüchen mögen hier zwei Platz finden: Ulp. l. 3 D. de cond. et. dem. 35. 1: Obtinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas. Marcian. l. 14 D. de condic. instit. 28. 7: Condiciones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem obtinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut hujusmodi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur et perinde, ac si condicio hereditati vel legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve. Vergl. dann noch a. wegen der unmöglichen Bedingung die Stellen bei Sa-

Scheurl seine Ansicht ausgeführt hat (S. 270—279), nicht nachgeben dürfen.

Wir wiederholen danach, daß der Ausspruch der l. 15 cit. eine auf die oben angegebene Weise zu erklärende Singularität bildet. Denn wenn auch an sich vielmehr die Regel, welche die unmögliche Bedingung bei letztwilligen Anordnungen gestrichen wissen will, eine Anomalie darstellt, so ist doch diese im Erbrecht zum herrschenden Prinzip erhoben, und darum muß ein Verlassen derselben im einzelnen Fall so lange singulär erscheinen, als sich nicht dabei das Einwirken eines höheren, jene Regel durchkreuzenden Rechtsgedankens erkennen läßt. Ein solcher Grund von allgemeinerer Bedeutung liegt, soviel ich sehe, bei l. 15 cit. nicht vor.

Wurde der Einsetzung des Notherben unter unmöglicher oder unerlaubter Bedingung für den entgegengesetzten Fall eine Enterbung hinzugefügt, so bietet sich folgende, auf den ersten Blick einleuchtende Argumentation dar. Ist auch die Einsetzung nach l. 15 cit. nichtig, so will doch die Enterbung für sich allein in Betracht gezogen sein; da nun die an diese geknüpfte Bedingung des Nichtthuns des Unmöglichen in Wahrheit nothwendige Bedingung ist, so ist eine unbedingte, damit gültige Enterbung vorhanden[36]). Wenn Letztere in solcher Weise gesondert von der durch den Willen des Erblassers mit ihr in Verbindung gesetzten Erbeseinsetzung nach ihrer Geltung befragt wird, so erscheint dieses Verfahren im formellen Notherbenrecht gerechtfertigt. Die Enterbung stellt sich auf diesem Gebiet als eine selbständige, in dieser Bedeutung durch die alternative Vorschrift des Notherbenrechts anerkannte Verfügung dar. Diese selbständige Bedeutung verliert sie im einzelnen Fall durch die Verknüpfung mit der Einsetzung nicht.

Indessen ist gegen die Aufrechthaltung der an die ungültige Einsetzung angehängten Enterbung schon von Francke[37]) Widerspruch erhoben. Von der Erwägung aus, daß die Enterbung in dieser Gestalt nur die unerlaubte Einsetzungsbedingung auf-

---

vigny, Syst. III S. 162 Anm. l. und m.; b. wegen der unerlaubten Paul. III. 4[b]. § 2. l. 9. l. 27 pr. D. de condic. inst. 28. 7. l. 5 C. de instit. vel substit. 6. 25. l. un. in f. C. de his quae poenae 6. 41.

[36]) So Schmidt S. 41 Anm. 120. Im Ergebniß übereinstimmend Vangerow II § 469 Anm. unter A. 2.

[37]) A. a. O. S. 55.

recht zu halten bezweckt, spricht Francke bei Wegfall der Einsetzung der ganzen Verfügung die Geltung ab. Diese Ansicht ist begründet bei Beschränkung auf die wenigstens dem Ausdruck nach von Francke allein behandelte unerlaubte Bedingung; in dieser Anwendung wird sie bei Scheurl (S. 234) schärfer so ausgesprochen: „Das Recht kann einer Enterbung, welche nur durch pflichtwidriges Handeln vermieden werden soll, nicht mehr Geltung zuerkennen, als einer Einsetzung, wodurch der Testator die Erbfolge unter der Bedingung einer solchen Handlungsweise anbietet." In der That hat sich hier der Fehler, der die Einsetzung zu einer ungültigen machte, der Enterbung mitgetheilt.

Scheurl geht weiter, er behauptet die Ungültigkeit der Enterbung des Notherben auch da, wo diese mit der Einsetzung unter unmöglicher Bedingung verbunden ist. Dabei ist er gewiß im Unrecht. Seine Beweisführung bezieht sich von vorn herein nur auf die als potestative gedachte Bedingung: als Beispiel wählt er das Geben einer Geldsumme an eine Person, welche bereits verstorben ist. Hier soll auch die Enterbung auf die Bedingung gestellt sein: „wenn der Notherbe die Summe nicht geben will". Allein mit dieser Wendung ist selbst bei dem vorausgesetzten concreten Falle nichts gewonnen. Denn der Wille, einem Verstorbenen einen Vermögenswerth zu geben, würde auf etwas rechtlich Unmögliches gehen, das ihm gegenüberstehende Nichtwollen daher etwas Nothwendiges sein. — Abgesehen von diesem Fall aber liegt ein Versuch der Widerlegung der oben entwickelten Argumentation überhaupt nicht vor.

§ 11.

3. Von der Enterbung im Allgemeinen.

Bezüglich der zweiten in der Regel des formellen Notherbenrechts enthaltenen Alternative, der Enterbung, hat das römische Recht eine Reihe von Sätzen ausgebildet, die dem Institut ein singuläres Aussehen verleihen. Indessen erscheinen jene Sätze an sich als Consequenzen aus dem Wesen der Enterbung; regelwidrig ist nur die Art ihrer Verwendung. — Der auf die Enterbung bezügliche Stoff wird von uns so eingetheilt, daß zunächst von ihrer Form und den Erfordernissen des in ihr erklärten Willens gehandelt wird (§ 11), an zweiter Stelle von einer Anzahl Rechtsregeln, wonach eine Enterbung, der vom Erlasser bestimmte Beschränkungen beigefügt werden, fehlerhaft erscheint (§ 12); zum Schluß ist das Verhält-

niß der Enterbung zu einer im Testament vorliegenden Mehrheit von Graden zu erörtern (§ 13).

In neuerer Zeit ist mehrfach die Ansicht ausgesprochen, daß die römische Jurisprudenz die Enterbung mit besonderer Ungunst behandle[1]). Davon ist schon hier in Kürze zu reden. Jene Ansicht sucht zunächst eine Stütze an l. 19 D. de lib. 28. 2. Bei der casuistischen Erörterung des Satzes, daß nur die Enterbung gültig ist, welche den Notherben im ganzen Umfange des Vermögens ausschließt, beruft sich Paulus auf das Urtheil des Scävola; Letzterer hatte unter Anderm eine auf ein einzelnes Vermögensstück beschränkte Enterbung für ungültig erklärt und dabei den Gegensatz einer in entsprechender Weise gefaßten Einsetzung mit folgenden Worten betont:

— aliamque causam esse institutionis, *quae benigne acciperetur: exheredationes autem non essent adjuvandae.*

In diesen Worten meint man die der Enterbung widerfahrende Zurücksetzung deutlich bezeugt zu finden; doch damit wird schwerlich die Auffassung von Scävola und Paulus getroffen. Der Inhalt einer letztwilligen Verfügung hat sich in der Regel einer ausnahmsweise begünstigenden Auslegung zu erfreuen: davon spricht Marcellus in der selbst dem Wortlaut nach mit dem obigen Schluß der l. 19 cit. verwandten l. 24 D. de reb. dub. 34. 5[2]):

Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, *benigne interpretari* et secundum (benigne interpretandum et Momms.) id, quod credibile est cogitatum, credendum est.

Demnach will die l. 19 cit. nur sagen, daß der Enterbung diese begünstigende Behandlung nicht zu Theil wird: davon ist doch ein positiv ungünstiges Verhalten des Rechts gegen dieselbe verschieden.

Indessen ist selbst Letzteres vorhanden; nur muß man im Auge behalten, worin dasselbe erkennbar ist. Es tritt nicht hervor in den für die Enterbung entwickelten Rechtssätzen, namentlich nicht in den dem § 12 zugewiesenen Regeln über unstatthafte Beschränkungen des Enterbungswillens: das Gebiet, auf dem es erkennbar wird, ist

---

[1]) Vergl. Francke S. 59. Köppen, Syst. I S. 99—103. Kuntze, Cursus § 835. Schmidt S. 20.

[2]) Vergl. noch l. 12 D. de R. J. 50. 17. l. 12 § 2 in f. D. de usu 7. 8. Arndts § 75 bei Anm. 0. Windscheid I § 84 bei Anm. 7.

die Handhabung dieser Regeln bei der Beurtheilung der in den Quellen enthaltenen Thatbestände.

Einige Worte noch über den Grund dieser Erscheinung. Derselbe wird mit Recht von den Vertretern der oben bezeichneten Ansicht in dem Bedürfniß gefunden, den Notherben möglichst gegen willkürliche Ausschließung durch den Erblasser zu schützen; ein solches Bedürfniß aber konnte nur fühlbar werden in Folge der Gestalt, welche die Exheredation in der classischen Zeit hatte, und die sie bis zur Nov. 115 bewahrt hat. Die Enterbung jener Zeit war nicht blos eine formelle Willenserklärung, sondern auch eine formale. Der Erblasser war nicht gehalten, meist wohl auch nicht geneigt, sich im Testament über die Beweggründe der verfügten Ausschließung zu äußern [3]), und doch war Letztere als die Entfernung eines nächsten Angehörigen vom Nachlaß nur gerechtfertigt, wenn ihr sehr erhebliche Gründe zur Seite standen. Eben diese formale Natur der Willenserklärung mußte zu einer Reaction im Interesse der Notherben führen. — Auf diese Sätze ist am Schluß des § 13, nach Darstellung des in Ansehung der Enterbung geltenden Rechts, zurückzukommen.

Ich betrachte jetzt

I. die Form der Enterbung [4]). Das frühere Recht forderte für die Exheredation, wie für die Erbeseinsetzung, den Gebrauch einer der vom Recht anerkannten festen Formeln. So das exheres esto, sit, erit, — das te exheredavi [5]). Erst Justinian schlug auf diesem Gebiet in einer der wenigen auf das formelle Notherbenrecht bezüglichen Constitutionen, welche vor der Nov. 115 liegen, eine freiere Richtung ein [6]). Nur beim Soldatentestament folgte aus dem Satze, daß jeder irgendwie verständlich erklärte Wille Geltung habe, die Möglichkeit stillschweigender Enterbung [7]).

Jene formelle Enterbung findet sich dann noch verschieden ausgebildet je nach den einzelnen Classen der Notherben. Bei dem vom Anfang an vorhandenen Haussohne forderte das Civilrecht ein

---

3) Das hebt Francke S. 59 hervor.

4) Francke S. 59—62. Mühlenbruch S. 300—310. S. 391—394. Arndts II S. 657—659. Schmidt S. 46—48.

5) § 1 J. de exher. lib. 2. 13 (= Gaj. II. 127). l. 2. l. 3 § 2. 5. l. 17. l. 19 D. de lib. 28. 2. l. 61 D. de her. inst. 28. 5.

6) l. 3 C. de lib. praeter. 6. 28. Hiervon im § 31.

7) § 6 J. de exher. lib. 2. 13. l. 9. 10 C. de testam. mil. 6. 21.

nominatim exheredare[8]). Daß dieser Satz sich erst zu Cicero's Zeit ausgebildet hat, während bis dahin auch beim Sohn die sogleich zu erwähnende Form für andere Notherben in Geltung war, ist schon im § 7 unter III gesagt (S. 36 f.). — Bei andern lebenden sui (Töchter, Enkel) genügte noch in der classischen Zeit die exheredatio inter ceteros[9]). — Bezüglich der Postumi ging die in jener Zeit zur Herrschaft gelangte Ansicht dahin, daß alle Postumi männlichen Geschlechts nominatim enterbt werden müßten, die weiblichen auch inter ceteros mit Zuwendung eines Vermächtnisses enterbt werden könnten. Eine abweichende Meinung wird in sehr vorsichtigen Ausdrücken von Ulpian vorgetragen: nach ihr hätte auch beim nachgebornen männlichen Enkel die exheredatio inter ceteros mit Vermächtnißzuwendung ausgereicht[10]).

Zur Uebersicht ist aus später vorzutragenden Lehren hinzuzufügen, daß im Recht der bon. poss. contra tabulas ohne Unterschied für alle männlichen Notherben, im Recht des Justinianischen Codex für alle und jede Notherben namentliche Enterbung verlangt wird. — Wenn hiernach das classische Recht für einzelne Classen der Postumi strengere Formen vorschrieb, als bei den entsprechenden Classen der lebenden Notherben galten, so erklärt sich dies daraus, daß bei Ersteren die Uebergehung besonders leicht durch Unbekanntschaft des Erblassers mit ihrem Dasein veranlaßt sein konnte. Eben darum sollte die Form der Enterbung den Gedanken eines Irrthums ausschließen.

Ein namentliches Enterben liegt vor, wenn der ausgeschlossene Notherbe als Individuum kenntlich gemacht ist: je nach Lage des einzelnen Falls kann hier die Angabe des verwandtschaftlichen Verhältnisses zum Erblasser („filius meus"), der Eltern des Ausgeschlossenen, seiner Beschäftigung, eine sonstige deutliche Bezeichnung genügen[11]). Postumi gelten als namentlich enterbt, wenn sie nur

---

[8]) Gaj. II. 123. 127. Ulp. 22. 16. pr. J. de exher. lib. 2. 13.

[9]) Ulp. 22. 20. pr. J. de exher. lib. 2. 13. l. 4 § 2 C. de lib. praet. 6. 28.

[10]) Ulp. 22. 20—22. § 1 J. de exher. lib. 2. 13. Theophil. ibid. Vergl. die Ausführung im § 8 unter III a. (S. 57 f.), insbesondere die dort beigebrachten Nachweise über die Exheredationsform bei den Quasipostumi, sowie das über die oben im Text erwähnte vereinzelte Meinung von Ulpian (fragm. 22. 22) Gesagte.

[11]) § 1 J. de exher. lib. 2. 13. l. 3 pr. D. de lib. 28. 2. Dazu die Erklärungen des „nominatim" für andere Lehren bei Paul. IV. 14. 1. l. 34 pr. D. de cond. et dem. 35. 1. — Näheres bei Schmidt S. 59 f.

als zu erwartende Nachkommen des Erblassers dargestellt sind; bei ihnen ließ man auch eine zusammenfassende Bezeichnung genügen [12]).

Daß das eine Abweichung vom Begriff der namentlichen Enterbung ist, liegt auf der Hand; indessen gründet sich deren Zulassung auf ein unabweisliches Bedürfniß. Nicht die gleiche Entschuldigung steht dem Paulus zur Seite, wenn er in l. 25 pr. D. de lib. 28. 2 die Verfügung „ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto" für eine namentliche Enterbung der lebenden Kinder erklärt [13]). — Die exheredatio inter ceteros wird offenbar durch die der Einsetzung angehängte Formel: „ceteri omnes exheredes sunto" bewirkt [14]).

Unverkennbar steht die Enterbung in engster Beziehung zur Erbeseinsetzung: sie will dem Notherben die Theilnahme an der Beerbung, die ihm anders nicht versagt werden könnte, — dem suus insbesondere den andernfalls ipso jure eintretenden Erbschaftserwerb — abschneiden. Dem entspricht es, daß sie gültig nur im Testament ausgesprochen werden kann [15]), und daß sie mit dem Zusammenfallen der Erbeseinsetzung unwirksam wird [16]).

II. Erforderniſſe des Willens [17]). Als Theil des im Testament gegebenen einseitigen Rechtsgeschäfts muß die Enterbung Erklärung eines Enterbungswillens von gehöriger Beschaffenheit sein. Zu besprechen ist hier nur der Fall — mit Rücksicht auf einige in den Quellen vorliegende Entscheidungen —, wo in Folge eines Irrthums des Erblassers der Enterbungswille ganz fehlt oder doch fehlerhaft ist.

A. Fehlender Wille. Wenn der Erblasser den Notherben nicht enterben wollte, so liegt beim Vorhandensein einer Willenser-

---

[12]) So „quicunque mihi filius genitus fuerit", „quicunque mihi nascetur"; § 1 in f. J. de exher. lib. 2. 13. l. 3 § 5 D. de injusto 28. 3. Die Formel „si filius (filiave ins. Momms.) natus natave sit" soll nach Paul. l. 14 D. eod. auch als collective Bezeichnung genügen. (Vergl. dazu die verwandte Entscheidung über die Einsetzung in l. 13 pr. D. de lib. 28. 2.)

[13]) Die verschiedenen Ansichten wie die Litteratur zu der Stelle bei Mühlenbruch S. 306—309. Schmidt S. 60 f. Anm. 179.

[14]) Vergl. Schrader in not. ad § 1 J. de exher. lib. 2. 13.

[15]) Gaj. II. 273. § 2 J. de codicill. 2. 25. l. 2 C. de codicill. 6. 36.

[16]) l. 20 pr. D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

[17]) Mühlenbruch S. 303. Schmidt S. 61 f.

klärung, welche sich äußerlich als Enterbung darstellt, eine Form ohne Inhalt vor. In dieser Weise wäre der Rechtsfall bei Cic. de orat. I. 38 zu beurtheilen gewesen, wenn man ihn vom Standpunkt der Lehre vom Irrthum behandelt hätte. Das väterliche Testament enthielt eine exheredatio inter ceteros, die bis dahin auch gegenüber einem Haussohn gültig gewesen war. Erweislich hatte jedoch beim Vater der Enterbungswille gefehlt, da er den Sohn für todt gehalten hatte; demnach erweckte das „ceteri omnes exheredes sunto" nur den Schein einer Enterbung, in Wahrheit war der Sohn übergangen. Ob die Centumvirn damals in diesem Sinn geurtheilt haben, ist mindestens zweifelhaft: der Streit hatte sich nach Cicero's Darstellung nur darum gedreht, ob nicht beim Sohn namentliche Enterbung gefordert werden müsse[18]). — Anders Paulus in l. 25 pr. D. de lib. 28. 2: er bringt bei einem dem soeben dargestellten sehr ähnlichen Falle, in welchem er das Erforderniß der namentlichen Enterbung gewahrt findet, völlig correct die Grundsätze vom Irrthum zur Anwendung. — Selbst nicht der Schein einer Enterbung liegt bei irrthümlicher Uebergehung eines Notherben im Soldatentestament vor. Freilich kann bei einem solchen Testament die Uebergehung die Bedeutung einer (stillschweigenden) Enterbung haben[19]), aber dazu bedarf es des Enterbungswillens; fehlte dieser, weil der Soldat vom Dasein des Notherben keine Kenntniß hatte, so ist das Stillschweigen Präterition.

B. Fehlerhafter Wille. Man wird geneigt sein, hieher den in l. 14 § 2 l. 15 D. de lib. 28. 2 behandelten Fall zu ziehen. Der Vater hat den Sohn enterbt, weil er irrthümlich annahm, derselbe sei von einem Dritten im Ehebruch mit der Mutter erzeugt, er hat den Grund im Testament ausgesprochen: hier wird nach jenen Stellen die Enterbung durch den Beweis des Irrthums bei Seite geschoben. Dafür bietet sich auf den ersten Blick folgende Erklärung:

[18]) Cic. l. l. Nempe in ea causa quaesitum est de jure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset *nominatim*. — Schmidt nimmt auf Grund der Stelle an, zu Cicero's Zeit sei die Form Alles gewesen, selbst gegenüber dem klaren Willen des Erblassers. Indessen ist es doch nicht recht glaublich, daß man noch gegen das Ende der Republik die hier in Frage kommende sehr einfache Rechtswirkung des Irrthums nicht gekannt haben sollte. Möglich bleibt es, daß nur die Beistände des Soldaten den Rechtsstreit von der Seite angefaßt hatten, über die Cicero sich ausläßt; sie kamen ja auch so zum Ziele.

[19]) Vergl. Anm. 17 und den Text dazu.

es liegt Irrthum im Beweggrund vor, und zwar ist dieser, da er sich auf die Kindeseigenschaft des Notherben bezieht, ein Irrthum, ohne den es nicht zur Enterbung gekommen sein würde [20]). So scheinbar die Auffassung ist, so muß ich doch bezweifeln, daß die römischen Juristen so gedacht haben. Ich will die Hauptstelle — Afric. l. 14 § 2 cit. — hieher setzen:

Si quis ita scripserit: „ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto", hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus: *non enim videri quasi filium exheredatum* esse: (idem esse ins. Momms. [?]) cum elogium pater, cum filium exheredaret, proposuisset et adjecisset propter eam causam exheredare, probaturque patrem circa causam exheredationis errasse.

African's Grund lautet, der Sohn sei nicht als Sohn enterbt, deshalb die Enterbung nichtig [21]). Genauer betrachtet läßt hier in der That der Irrthum den Willen nicht aufkommen, den Enterbten als Sohn auszuschließen; der Vater erklärt, der angebliche Sohn sei nicht sein Kind, und darum kann er nicht mit der Enterbung der rücksichtlich seines Kindes bestehenden Anforderung des formellen Notherbenrechts entsprechen wollen [22]). — Die Unterscheidung hat mindestens für Diejenigen praktische Bedeutung, welche wegen des angedeuteten Irrthums im Beweggrunde nur Anfechtung der Enterbung zulassen. Denn danach würde man dem Ausgeschlossenen nicht wohl mehr zugestehen können, als einen Anspruch auf den Intestaterbtheil, der die Erbfolge aus dem Testament bestehen ließe. Anders die von uns entwickelte Auffassung: hier ist das Testament wegen Präterition des Sohnes nichtig.

[20]) In diesem Sinn werden l. 14 § 2. l. 15 citt. bei Windscheid III § 548 Anm. 14 angerufen.

[21]) Derselben Worte „quia non est [quasi ins. Momms.] filius exheredatus" bedient sich bei dem gleichen Thatbestande l. 1 § 9 D. de Carbon. ed. 37. 10, — eine Stelle, die übrigens nicht nach den notherbrechtlichen Folgen, sondern nach der Zulassung der bon. poss. Carboniana fragt. — Daß l. 14 § 2 cit. ernstliche Zweifel an der Kindeseigenschaft voraussetzt, zeigt vor Allem das „*si probetur* ex eo natus".

[22]) Mit Rücksicht auf die Art, wie der Jurist seinen Ausspruch begründet, halte ich die in der Ausgabe von Mommsen vorgeschlagene Ergänzung des Textes durch Einrücken eines „idem esse" für unzulässig; die Entscheidung beschränkt sich auf den Fall, wo der aus dem bezeichneten Enterbungsgrunde erkennbare Irrthum die Kindeseigenschaft betraf.

Nur scheinbar ist dem soeben besprochenen Falle der andere ähnlich, wo der Erblasser den Sohn enterbt und ihn wider besseres Wissen, damit zur Beschimpfung, als Kind eines Andern bezeichnet. Eine solche Enterbung ist gültig, dem Ausgeschlossenen bleibt nur die Querel[23]).

§ 12.

4. Fehlerhafte Beschränkung der Enterbung.

III. Die Enterbung ist fehlerhaft, wenn sie beschränkt ist durch zugefügte aufschiebende Bedingung, — oder beschränkt rücksichtlich des dem Notherben versagten Gegenstandes, so daß sie sich nicht auf die ganze Erbschaft erstreckt, — oder endlich rücksichtlich ihrer zeitlichen Wirksamkeit, sei es daß diese erst nach erfolgtem Erbschaftsantritt der Testamentserben oder erst nach dem Tode des Notherben ihren Anfang nehmen soll.

Wir betreten hier das Gebiet, auf welchem die im Eingang des § 11 besprochene formale Behandlung der in den Quellen dargebotenen Thatbestände erkennbar wird. (Vergl. die folgenden Ausführungen B und C.) Dagegen sind die Sätze selbst, um deren Anwendung es sich handelt, consequent aus dem Wesen der Enterbung abgeleitet.

A. Bedingte Enterbung[1]). Allem Anschein nach hat man hier wie bei mehreren der im Folgenden zu besprechenden Rechtssätze Julian als den Führer der Rechtsentwicklung zu betrachten.

Pure autem filium exheredari Julianus putat, qua sententia utimur, lautet Ulpian's Bericht in l. 3 § 1 D. de lib. 28. 2[2]). Die richtige Erklärung des Satzes ist wiederholt ausgesprochen: wo nur eine bedingte Enterbung angeordnet ist, erscheint der Notherbe für den umgekehrten Fall nicht eingesetzt sondern übergangen, der Anforderung des Notherbenrechts ist also nicht genügt. Dieser Satz bleibt wahr, auch wenn die Enterbung auf eine Potestativbedingung, genauer auf

---

[23]) l. 27 § 1 D. de inoff. 5. 2, zu erklären aus l. 3 pr. D. de lib. 28. 2.

[1]) Francke S. 62. Mühlenbruch S. 413—423. Arndts II S. 659 f. Schmidt S. 54—56.

[2]) Noch gehört hieher die unten zu besprechende l. 18 pr. D. de bo. poss. co. tab. 37. 4. Von Manchen (so Mühlenbruch S. 418 ff. Scheurl S. 314—316) wird auch l. 68 in f. D. de hered. inst. 28. 5 aus dem Satze von der bedingten Enterbung erklärt; gewiß aber hat man die Entscheidung richtiger auf die Unzulässigkeit der Enterbung für die Zeit nach erfolgtem Erbschaftsantritt zu gründen.

den Fall gestellt ist, wo der Notherbe eine von seiner Willkür abhängige Handlung vornimmt. Denn auch hier bestände Uebergehung, sobald die Handlung unmöglich geworden, damit die Bedingung ausgefallen wäre[3]).

In l. 18 pr. D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 spricht Hermogenian unsre Regel über die bedingte Enterbung für das prätorische Notherbenrecht aus, hier aber allgemein für alle liberi. Daraus ergibt sich, daß dieselbe auch nach Civilrecht allgemeine Geltung hat: es ist Zufall, wenn sie in l. 3 § 1 cit. nur in Anwendung auf den Haussohn ausgesprochen wird[4]).

Der Fehler ist nicht vorhanden, wenn der Notherbe sich bei Ausfall der Bedingung eingesetzt findet. Zunächst gibt es hier keinen Fall, für welchen Uebergehung vorläge; sodann nöthigt zur Anerkennung einer solchen Ausnahme der in den Quellen bezeugte andre Satz, daß Einsetzung des Notherben unter casueller Bedingung mit Enterbung für den entgegengesetzten Fall statthaft ist. Kann doch bei einer so zusammengesetzten letztwilligen Verfügung die Enterbung vor die Einsetzung gestellt werden; mithin fehlt jedes unterscheidende Merkmal gegenüber dem obigen Falle, in welchem in erster Linie bedingte Enterbung gewollt ist[5]).

B. Enterbung, welche sich nicht auf die ganze Erbschaft erstreckt[6]). Die Quellen behandeln zwei Gestalten derselben. Einmal kann die Enterbung blos für einen Bruchtheil der Erbschaft oder, was dasselbe besagt, blos gegenüber einem von mehreren Theilerben ausgesprochen sein, — sodann kann sie ungehörig auf einzelne Stücke

---

[3]) Die Erklärung des Textes verliert ihre Kraft auch da nicht, wo die in der Potestativbedingung bezeichnete Handlung erst mit dem Tode des unter solcher Bedingung Ausgeschlossenen unmöglich wird. Hier fehlt es zwar in dem Augenblick, wo es feststeht, daß Uebergehung vorliegt, an einer Person, welche das Testament vernichten könnte. Allein in solchen Fällen ist es bei Lebzeiten des Notherben nicht zu einer Entscheidung darüber gekommen, ob Enterbung oder Uebergehung vorliegt, und das muß die Erstere fehlerhaft machen. Arg. l. 28 pr. D. de lib. 28. 2.

[4]) Hermogenian's Grund lautet: certo enim judicio liberi a parentium successione removendi sunt. Die richtige Erklärung der Worte gibt Schmidt S. 55 Anm. 162: der Erblasser hat für den Fall der deficirenden Bedingung Ungewißheit über seinen Willen bestehen lassen. — Andere Erklärungsversuche bei Schmidt.

[5]) So Arndts II S. 659. Schmidt S. 56 bei Anm. 163.

[6]) Francke S. 68. Mühlenbruch S. 426 f. Schmidt S. 51—54.

des Nachlasses oder umgekehrt auf den Nachlaß mit Ausnahme einzelner Stücke gestellt sein. Mit jener ersten Gestaltung — der auf eine Quote der Erbschaft beschränkten Enterbung — berührt sich auf einem Punkte der Fall, wo das Testament eine Mehrheit von Graden aufweist, die Enterbung aber nur für einzelne von diesen angeordnet ist. Davon im § 13 unter I.

Die Aeußerungen der Quellen über die lediglich auf einen Bruchtheil des Vermögens gestellte Enterbung reichen nicht höher hinauf, als bis auf Marcellus [7]). Die Nichtigkeit der Verfügung wird bestimmt anerkannt, und sie konnte nicht zweifelhaft sein. Da keine Ausschließung des Notherben vom ganzen Nachlaß vorliegt, so muß es unter allen Umständen zur Notherbfolge kommen: diese aber durfte nicht auf den nicht von der Exheredation gedeckten Vermögenstheil beschränkt bleiben. Anderseits würde man die Grenzen der Willensauslegung überschritten haben, hätte man die nur für den Bruchtheil erklärte Enterbung auf das ganze Vermögen erstrecken wollen.

Der andere Fall, in seinen beiden oben angedeuteten Gestalten, kommt nur in Einer Stelle vor. In der zu Eingang von § 11 besprochenen l. 19 D. de lib. 28. 2 theilt Paulus zwei Entscheidungen des Scävola mit, die er augenscheinlich billigt. Ein Erblasser hatte seine Tochter zur Alleinerbin eingesetzt, den Sohn nur mit einem Vermächtniß von Zehn bedacht, dann hinzugefügt:

„et in cetera parte exheres mihi erit.“

Hier konnte es nicht zweifelhaft sein, daß der Erblasser die Ausdehnung der Enterbung auf die vermachte Summe für überflüssig erachtet hatte, weil diese dem Enterbten selbst zugewendet war; dennoch erklärt Scävola die Enterbung für nichtig. Den gleichen Satz spricht er darauf für den Fall aus, wo der Erblasser einen von mehreren Erben auf ein einzelnes Vermögensstück eingesetzt, den Notherben aber nur diesem Erben gegenüber enterbt hatte [8]). Hinzugefügt wird, daß zwar bei der Einsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück die den letzten Willen begünstigende Auslegung eintrete, nicht aber bei der in gleicher Weise beschränkten Enterbung. Daß die erste Entscheidung wissenschaftlich nicht haltbar ist, fällt in die Augen. Anders liegt der zweite Fall: die nur gegenüber einem zu

---

[7]) Den Fall behandeln l. 3 § 2 D. de lib. 28. 2 (Ulpian). l. 8 § 3 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 (Ulpian, mit Berufung auf Marcellus).

[8]) So mit Recht Schmidt S. 52.

einer bestimmten Sache gerufenen Erben erklärte Enterbung konnte keine andre Behandlung erfahren, als die vorhin besprochene Ausschließung, welche sich auf einen einzelnen wirklichen Theilerben beschränkte. Dem widerspricht nicht, daß die Einsetzung auf eine bestimmte Sache anders beurtheilt wird: hier hilft die der Einsetzung zur Seite tretende begünstigende Auslegung.

Schon im § 7 unter IV ist erwähnt, daß an den Grundsätzen über die Fehlerhaftigkeit einer nicht auf das ganze Vermögen ausgedehnten Enterbung der Gedanke Theil hat, der ipso jure eintretende Erbschaftserwerb der sui würde sich trotz des Testaments bezüglich des nicht durch jene Enterbung gedeckten Theils des Vermögens geltend machen.

C. Zeitliche Beschränkung der Enterbung[9]). Eine Enterbung, welche erst nach vollzogenem Erbschaftserwerb der Testamentserben wirksam werden soll, ist nichtig. Der älteste Jurist, von dem wir das ausgesprochen finden, ist Julian[10]). An sich folgt auch dieser Satz aus dem Wesen der Enterbung, sobald man hinzunimmt, wie man geschichtlich die Regel des Notherbenrechts begründet hat. Ruht dieses auf dem Gedanken, daß der ipso jure eintretende Erbschaftserwerb der sui durch ausdrückliche Ausschließung aus dem Wege zu räumen sei, so war auch zu verlangen, daß derselbe zur Zeit des Antritts der Testamentserben beseitigt sein müsse.

Anderseits ist kein Grund erfindlich, um dessen willen der Erblasser die Enterbung erst von einem noch hinter jenem Erbschaftsantritt liegenden Zeitpunkt an sollte wirksam werden lassen wollen. Ein solcher Wille darf daher nur angenommen werden, wenn er mit voller Deutlichkeit erkennbar gemacht ist. Dieser Anforderung dürften die sich darbietenden Aeußerungen der Quellen nicht entsprechen. Die in l. 68 D. de her. inst. 28. 5 für ungültig erklärte Enterbung lautete: „Titius heres esto: cum heres erit Titius, filius exheres

---

9) Francke S. 62—67. Mühlenbruch S. 423—426. Arndts II S. 660. Schmidt S. 48—51.

10) Ulp. l. 3 § 2 D. de lib. 28. 2: — (vitiosa erit exheredatio.) quemadmodum si ita eum exheredaverit: „quisquis heres mihi erit, filius exheres esto“: nam, *ut Julianus scribit*, hujusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod est inpossibile. Demnächst Pompon. l. 68 in f. D. de hered. inst. 28. 5. (Wegen der Auslegung des ersten Theils dieser Stelle vergl. die Bemerkung von Arndts a. a. O. Anm. 54, gegenüber einem Bedenken von Francke.)

esto." Damit wird freilich dem äußeren Ausdruck nach voraufgehender Erwerb des eingesetzten Erben verlangt; auch wird nichts geändert, wenn man mit einigen Neueren das „cum heres erit" aus dem Gesichtspunkt der Bedingung beurtheilt [11]). Allein die Auslegung hat zu fragen, ob der Erblasser ein solches zeitliches Verhältniß betonen wollte, und diese Frage mußte verneint, der Ausdruck mußte entsprechend dem wahren Willen verbessert werden [12]). — Erscheint schon die Entscheidung der l. 68 cit. unbegründet, so gilt dies noch mehr von der andern in l. 3 § 2 D. de lib. 28. 2 (Anm. 10). Durch das „quisquis heres mihi erit, filius exheres mihi esto" sollte sicher nur betont werden, daß die Enterbung gegenüber einem jeden aus dem Testament succedirenden Erben Platz greifen sollte. Dennoch spricht Ulpian mit Julian von einer ungültigen Enterbung post aditam hereditatem [13]).

Nichtig ist ferner die Enterbung, welche erst nach dem Tode des Enterbten wirksam werden soll. Auch diese Regel reicht, soweit uns die Quellen Aufschluß geben, nur bis zu Julian hinauf. Von Letzterem besitzen wir in l. 13 § 2 D. de lib. 28. 2 die folgende Aeußerung:

> Testamentum, quod hoc modo scribitur: „Titius post mortem filii mei heres esto: filius exheres esto", nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est. —

Damit ist nur eine nicht abzuweisende Folge aus dem Wesen der Enterbung ausgesprochen. Da diese die Aussicht auf den Erbschaftserwerb entziehen will, darf sie nicht für eine Zeit verfügt werden, wo der Erwerb nicht allein für den Erben nutzlos, wo er sogar vereitelt sein würde. Auch die Art, wie Julian die Regel im Fall der l. 13 cit. zur Anwendung bringt, ist nicht zu beanstanden.

Weitere Zeugnisse für die Regel bieten Scaev. l. 29 § 10 D. de lib. 28. 2 und Tryphon. l. 28. pr. D. eod. Die l. 29 cit.

---

11) Daß bei einer solchen Auffassung die Verfügung auch gegen den unter A besprochenen Satz verstieße, interessirt hier nicht.

12) Schon Schmidt S. 51 hat auf die abweichende Auslegung bei der Einsetzung aufmerksam gemacht. Vergl. l. 9 § 14. l. 51 pr. D. de her. inst. 28. 5.

13) Freilich können die Worte eine Beziehung auf die Zeit nach dem Erbschaftserwerb in sich aufnehmen: so ist es bei der Verwendung der Formel für die Pupillarsubstitution: l. 3. l. 8 § 1. l. 10 pr. l. 31 pr. D. de vulg. 28. 6. Allein diese Beziehung thut die Natur des einzelnen Instituts hinzu, bei welchem die Formel verwendet wird.

bringt im principium die Aquilische Formel und erörtert diese casuistisch in den §§ 1—9. Mit Bezug hierauf bemerkt § 10 cit., jedenfalls müsse dem noch vorhandenen Haussohn selbst irgend ein Erbtheil ausgesetzt werden, „nam frustra exheredabitur post mortem suam“ [14]). Gewiß eine unverwerfliche Anwendung des Satzes: der Eingang jener auf die Erbeseinsetzung des Enkels berechneten Formel nimmt auf den Fall Bezug, wenn der Sohn bei Lebzeiten des Erblassers stirbt (si filius meus vivo me morietur), an diese Formel aber wäre die Enterbung anzuknüpfen gewesen. — In l. 28 pr. D. de lib. 28. 2 bespricht Tryphonin die Einsetzung des Haussohns unter casueller Bedingung mit Enterbung für den umgekehrten Fall; er führt aus: sterbe der Sohn vor entschiedener Bedingung, so werde er in der Todesstunde (unter Vernichtung des Testaments) gesetzlicher Erbe des Vaters,

quia, *dum vivit*, neque ex testamento heres *neque exheredatus* fuit.

Zweifelhaft erscheint es, ob man mit der Mehrheit der Ausleger eine Spur des Satzes in l. 28 in f. D. de condic. inst. 28. 7. finden darf. Papinian bespricht die Einsetzung des Haussohns zum Alleinerben des Vaters unter potestativer Bedingung, er setzt dann die beiden Fälle, wo seine Kinder als Substituten gerufen, und wo Substituten überall nicht ernannt sind. Dabei wird weiter unterschieden: Ist die Bedingung eine solche, die im letzten Lebensaugenblick des Sohnes nicht erfüllt werden kann [15]), so kommt das Vermögen in eben diesem Zeitpunkt im ersten Fall an die substituirten Kinder, im zweiten kraft Intestaterbfolge an den sterbenden Sohn selbst. Ueber die andere Möglichkeit, wo die Bedingung noch in jenem Augenblick erfüllbar ist, äußert der Schluß der Stelle:

— altera vero species condicionis vivo filio non admittit nepotes ad hereditatem, qui substituti si non essent, intestato avo heredes existerent: neque enim filius videretur obstitisse, post cujus mortem patris testamentum destituitur, *quemadmodum si exheredato eodem filio nepotes, cum filius moreretur, heredes fuissent instituti.*

Demnach sollen hier die Kinder erst nach des Vaters Tode im ersten Fall als Substituten, im zweiten als gesetzliche Erben das Vermögen des Großvaters erhalten; ihr Vater steht ihnen in diesem

[14]) Näher ist von l. 29 § 10 cit. im § 8 S. 46—48 gehandelt.

[15]) Vergl. wegen der Unterscheidung § 10 S. 71.

zweiten Fall nicht im Wege, weil das Testament erst nach seinem Ableben destitut ist. — So weit ist Alles klar, die Schwierigkeiten liegen in den Schlußworten. Diese scheinen eine Einsetzung der Kinder des enterbten Sohnes auf die Zeit nach dessen Tode als gültig zu behandeln, und doch müßte nach unsrer Regel das ganze Testament wegen ungehöriger Enterbung nichtig sein. Man hat diesem Bedenken in älterer wie neuerer Zeit meist so zu begegnen gesucht, daß man hinter „quemadmodum" im Gedanken ein „obstaret" ergänzt. Papinian soll also sagen: bei der Potestativbedingung der zweiten Art steht der Sohn seinen Kindern nicht im Wege, wie er ihnen doch (wegen Nichtigkeit des Testaments) im Wege steht, wenn sie auf seine Todeszeit zu Erben eingesetzt sind, während er selbst enterbt ist[16]). Bei dieser Auslegung würden wir in der Stelle eine wohlbegründete Anwendung der uns beschäftigenden Regel des Exheredationsrechts antreffen. Ungezwungen ist indessen die Auslegung nicht: bei unbefangener Betrachtung von Papinian's Worten bietet sich gewiß Jedem die Auffassung dar, daß zu dem „quemadmodum" ein „non obstaret" hinzuzudenken ist.

Von dieser Erwägung aus schlägt Schmidt (S. 49 Anm. 150) einen neuen Weg ein. Nach ihm geht das „filius cum moreretur" nicht auf die Zeit nach dem Tode des enterbten Sohnes, sondern auf den letzten Augenblick seines Lebens[17]). So sagt die Stelle über die zweite oben dargestellte Möglichkeit (wo die Potestativbedingung erst nach dem Tode des Sohnes ausfällt): der Vater kann seinen Kindern hier, wo sie erst nach seinem Tode berufen sind, so wenig im Wege stehen, wie in dem andern Falle, wo er exheredirt ist, seine Kinder aber auf den letzten Augenblick seines Lebens zu Erben eingesetzt sind.

So einfach bei dieser Auslegung Alles scheint, so trifft dieselbe doch auf eine erhebliche Schwierigkeit. Sind die Enkel vom Großvater auf den letzten Lebensaugenblick ihres Vaters zu Erben ernannt, so erwerben sie zwar die Erbschaft ipso jure, aber sie erwerben dem sterbenden, wenngleich enterbten Vater[18]). Das ist genau der gleiche Erfolg, wie wenn der Erwerb zu irgend einer

---

[16]) So Förster S. 65 f. Francke S. 54 Anm. 19. Mühlenbruch S. 375—377.

[17]) Von den bei Schmidt beigebrachten Parallelstellen hebe ich hervor Gaj. II. 232. III. 100. l. 107 § 1 D. de legat. I°. (30).

[18]) Vergl. l. 6 § 5 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 13 D. de bon. libert. 38. 2.

andern Zeit im Leben des (enterbten) Vaters erfolgte. Von Schmidt's Standpunkt aus ist also nicht zu begreifen, wozu das „cum filius moreretur“ in dem zur Vergleichung hervorgezogenen Falle dienen soll. Ja noch mehr, es ist nun auch nicht einzusehen — eben weil die Kinder für den Vater erwerben —, was das „quemadmodum (non obstaret)“ besagen soll. — Ich sehe nicht, wie diese Bedenken beseitigt werden könnten; demnach scheint mir nichts übrig zu bleiben, als die Rückkehr zu der oben besprochenen üblichen Auslegung, mag diese gleich nicht völlig befriedigen [19]).

Der weiter oben beschriebene Fall der l. 28 pr. D. de lib. 28. 2 — der Sohn ist unter casueller Bedingung mit Enterbung auf den umgekehrten Fall eingesetzt, die Entscheidung aber bleibt bis zum Tode des Sohnes aus — bildet die äußerste Grenze, bis zu welcher die römische Jurisprudenz die Regel von der Unzulässigkeit der Enterbung auf die Zeit nach des Notherben Tode verwerthet hat. Die Regel greift insbesondere nach den Quellen nicht Platz, wenn der Erbschaftserwerb des eingesetzten Erben sich über den Tod des Sohnes hinaus verzögert, sei es weil Ersterer sich erst später über die Annahme der Erbschaft entscheidet [20]), sei es weil derselbe unter aufschiebender Bedingung gerufen ist, diese aber erst nach dem Tode des Sohnes eintritt [21]). Und doch wird die Enterbung auch in diesen Fällen erst nach dem Ableben des Enterbten wirksam. — Unter diesen Umständen läßt sich das Gebiet der Regel nur so begrenzen: eine Enterbung, welche erst nach dem Tode des Notherben in Kraft treten würde, ist nichtig, wenn der Aufschub entweder sich aus dem Inhalt der Enterbungsverfügung selbst ergibt, oder doch die Folge einer der Enterbung beigefügten (an sich gültigen) Bedingung ist [22]).

Nachdem das Material vorgeführt ist, welches in den Quellen bei den Regeln über fehlerhafte Enterbung vorliegt, komme ich mit

---

[19]) Cujaz (in lib. 13 quaest. Papin. h. l. — IV. 345 f.) nennt unser Fragment eine crux juris studiosorum; er nimmt an, von Papinian's Ausführungen, die ja am Ende des Titels de condic. instit. (28. 7) stehen, sei der Schluß verloren gegangen. Beigestimmt hat *Pothier*, pandect. Justin. lib. 28. tit. 2 num. 7. Indessen fehlt jeder äußere Anhalt für eine solche Annahme.

[20]) Vergl. § 7 J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 9 § 2 D. de lib. 28. 2. l. 7 pr. D. si tab. test. null. 38. 6. l. 1 § 8 D. de suis 38. 16.

[21]) l. 6 pr. D. de injusto 28. 3. l. 6 D. de suis 38. 16.

[22]) Vergl. Francke S. 64. Schmidt S. 50 Anm. 51.

einigen Worten auf die im Eingang des § 11 berührte Frage einer der Enterbung prinzipiell ungünstigen Haltung der römischen Jurisprudenz zurück. Die einzelnen unter A., B. und C. betrachteten Regeln lassen, so darf jetzt wiederholt werden, ein solches Verfahren der Römer nicht erkennen, sie erscheinen als richtig gedachte Ausflüsse des Wesens der Enterbung. Dagegen ist in der Handhabung der Regeln jene Ungunst gegen die Enterbung bestimmt wahrzunehmen. Als Beweise haben sich die l. 68 D. de her. inst. 28. 5 von Pomponius, die l. 19 D. de lib. 28. 2 — Scävola und mit ihm Paulus —, endlich die l. 3 § 2 D. de lib. 28. 2 — Julian und übereinstimmend Ulpian — ergeben. Nun begegnen zwar bei einer letzten auf die Enterbung bezüglichen Lehre — der vom Verhältniß der Enterbung zu einer Mehrheit im letzten Willen angeordneter Grade — einzelne Entscheidungen römischer Juristen, welche den Grundsätzen über Auslegung mehr Rechnung tragen; einmal finden wir sogar eine übermäßig laxe Willensauslegung (vergl. § 13): aber das ändert nichts an der Thatsache, welche aus den Untersuchungen des gegenwärtigen § abzuleiten ist. Ueber den Grund der hiernach in der That anzuerkennenden Zurücksetzung, welche die Exheredation erfahren hat, habe ich im § 11 gesprochen (S. 81).

Auch eine andere früher behauptete Thatsache ergibt sich aus den obigen Erörterungen. Keine von den in den Quellen vorliegenden Aeußerungen über jene Exheredationsregeln reicht in der Zeit höher hinauf, als bis zu Julian[23]). Dadurch wird der im § 7 ausgesprochene Satz bestätigt, daß dieses eigenthümliche Exheredationsrecht mit der Entstehung des Hauptgrundsatzes des formellen Notherbenrechts — der Anforderung einer Einsetzung oder Enterbung der Notherben — geschichtlich nicht im Zusammenhang steht. (Vergl. S. 41.)

§ 13.

5. Verhältniß der Enterbung zu einer Mehrheit von Graden*).

I. Sind im Testament Substitutionen angeordnet, so ist vor Allem bei jedem Grade an der Hand der in den §§ 11 und 12 erörterten Grundsätze zu untersuchen, ob er eine gültige Enterbung des Notherben enthält. Zu erinnern ist dabei nur, daß die zunächst

---

[23]) Der Name Julian's kehrt so häufig in dieser Lehre wieder, daß diesem Juristen ein erheblicher Einfluß auf deren Ausbildung zugeschrieben werden darf.

*) Francke S. 69—72. Mühlenbruch S. 428—433. Arndts II S. 661 f. Vangerow II § 470 Anm. unter II a. E. Schmidt S. 53. 54.

gültig verfügte Enterbung nachträglich fehlerhaft werden kann. Als Beispiel bietet sich eine im § 5 II b. S. 24 erörterte Anwendung der Regel, daß die Enterbung ungenügend ist, die sich nicht auf alle in dem betreffenden Grade gerufenen Erben bezieht: ich meine den in l. 19 D. de injusto 28. 3 vorkommenden Fall der Enterbung eines Postumus. Letzterer war gültig vom ersten Grade enterbt, während beim zweiten Präterition vorlag. In der Folge fiel einer der Erben des ersten Grades weg, sein Substitut rückte aus dem zweiten Grade nach, und dies führte zu dem Ergebniß, daß die Enterbung beim Erscheinen des Postumus nicht mehr den ganzen ersten Grad deckte. — Die Folgen, welche eintreten, wenn die beim einzelnen Grade angeordnete Enterbung ungültig, in Wahrheit also Präterition vorhanden ist, sind im § 5 besprochen.

II. Im einzelnen Falle kann die Frage entstehen, auf welchen von den vorhandenen mehreren Graden eine im Testament ohne ausdrückliche Regelung dieser Frage angeordnete Enterbung sich bezieht. Die Quellen gewähren hier für die Feststellung des Willens des Erblassers eine Reihe von Anhaltspunkten.

Steht die Enterbung vor allen Graden, so wird sie auf alle bezogen [1]). Dieser Satz ist innerlich vollkommen begründet. Zunächst fehlt es bei einer solchen Stellung an jedem Grunde, die Ausschließung auf einen einzelnen Grad zu beschränken. Sodann ist zu erwägen, daß für den Erblasser eine besondere Veranlassung besteht, die allgemein gemeinte Enterbung an die Spitze der Erbeseinsetzungen zu stellen. Der so stark von der Jurisprudenz betonte Satz, daß eine Enterbung nach angetretener Erbschaft unstatthaft sei, mußte in der Praxis dahin führen, daß man auf jenem Wege möglichst deutlich zu zeigen suchte, dem ausgeschlossenen suus sollten die ihm durch das Gesetz eröffneten Aussichten gleich an der Schwelle der Erbfolge abgeschnitten sein.

Vom umgekehrten Fall, wo die Enterbung hinter die sämmtlichen angeordneten Grade gestellt ist, handeln Sever. & Anton. l. 1 C. de lib. praet. 6. 28. Der Inhalt des Rescripts ist hier kurz anzugeben. Vorweg wird bemerkt, allen Anforderungen des Rechts sei genügt, wenn die Enterbung durch ausdrückliche Erklärung des Erblassers auf alle Grade bezogen sei. Fehlt es aber auch an einer

[1]) l. 3 § 3 D. de lib. 28. 2.

solchen Aeußerung, so hat doch das Gleiche zu gelten, wenn der entsprechende Wille sonst erkennbar ist. Hat daher der testirende Vater unter Einsetzung und gegenseitiger Substitution der Söhne eine Tochter enterbt [2]), so ist anzunehmen, daß das für beide Grade geschehen sei. Die dies begründenden Endworte des Gesetzes lauten:

Nam cum *iidem* heredes instituti sunt, nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse.

Hierbei ist mit Entschiedenheit soviel festzuhalten: wie das Rescript bestimmt nur von einer hinter allen Graden angeordneten Enterbung redet, so faßt es nur die Frage in's Auge, wann eine solche Enterbung auf alle Einsetzungen zu beziehen ist. Eben mit Bezug auf diese Frage wird mit der ausdrücklichen Vorschrift des Erblassers der auf andere Weise ersichtliche Wille desselben auf gleiche Linie gestellt. Und als Zeugniß für eine solche stillschweigende Anordnung wird im Schlußsatz bezeichnet, daß dieselben Personen im ersten und im folgenden Grade gerufen sind. Dieser letzte Ausspruch, welcher deutlich an den dem Kaiser vorgelegten Thatbestand anknüpft, stellt sich einer nah verwandten Entscheidung Scävola's in l. 19 § 1 vergl. mit pr. D. de injusto 28. 3 an die Seite. Dort wird für den Fall der Einsetzung und gegenseitigen Substitution der nämlichen Personen die nur bei der Einsetzung verfügte Enterbung auch auf die Substitution bezogen: hier im Rescript gewährt man einer allen Graden nachgeschriebenen Enterbung die gleiche Ausdehnung.

Ich habe über den ganzen Inhalt der l. 1 C. cit. Bericht erstattet, weil die heutzutage herrschende Ansicht mehr in die Stelle hineinträgt, als sie enthält. Zwar wenn man in ihr den Grundsatz ausgesprochen findet, daß die Absicht des Erblassers über die Ausdehnung der einer Mehrheit von Graden gegenübergestellten Enterbung entscheidet, so wird sich dieser Satz wenigstens mittelbar aus dem Rescript gewinnen lassen. Haben auch die Kaiser bestimmt nicht den Willen gehabt, einen allgemeinen Grundsatz dieses Inhalts auszusprechen, so räumen sie doch für die Beurtheilung der von ihnen in's Auge gefaßten Frage der stillschweigenden Willenserklärung die gleichen Rechte ein, wie der ausdrücklichen, und dies darf in der angegebenen Weise verallgemeinert werden. Dagegen gelangt man zu einer unrichtigen Lehre,

---

[2]) Selbstredend auch hier durch Erklärung hinter allen Graden.

wenn man aus l. 1 C. cit. den Satz ableitet, daß die Enterbung im Zweifel als allgemein gemeint anzusehen ist[3]).

Die meisten Schriftsteller lassen dabei unberücksichtigt, daß nach dem entscheidenden Schlußsatz des Rescripts die gegenseitige Substitution der im ersten Grade eingesetzten Erben Voraussetzung der concreten Entscheidung ist. Mühlenbruch[4]) trägt zwar an der Spitze seiner Ausführungen die richtige Auslegung der l. 1 C. cit. vor, aber doch schließt er sich der vorhin (bei Anm. 3) erwähnten Ansicht an.

Wir unserseits vermögen im Geiste der l. 1 C. cit. nur soviel zuzugeben, daß im einzelnen Falle, soweit nicht die Quellen eine spezielle Entscheidung darbieten, der Wille des Erblassers in Ansehung der Ausdehnung der Enterbung zu ermitteln ist. Was aber insbesondere die hinter allen Einsetzungen stehende Enterbung betrifft (l. 1 C. cit.), so ist diese nur auf den letzten Grad zu beziehen, wenn nicht vom Erblasser ausdrücklich oder stillschweigend ein weitergehender Wille an den Tag gelegt ist[5]). Denn wenn in l. 1 C. cit. erklärt wird, die an das Ende der mehreren Grade gestellte Enterbung habe für alle Grade zu gelten, falls dies ausdrücklich vom Erblasser angeordnet sei, oder falls sonst *appareat* eum cum eo consilio scripsisse ut ab omnibus exheredaret, — so folgt unwiderleglich, daß beim Mangel von Beweisen für einen solchen Willen die angegebene Ausdehnung der Ausschließung nicht gerechtfertigt werden kann. Es kommt hinzu, daß das römische Recht dem Enterbungswillen bei seinem Auftreten in der Form, wie solche bis zur Nov. 115 bestand, nicht zur Hülfe kommt. Wie also soll es sich begründen lassen, daß eine Enterbung in der bezeichneten Stellung im Zweifel als allgemein gemeint zu betrachten wäre? Mühlenbruch[6]) verweist dafür auf die in den Quellen entschiedenen Fälle, wo die Enterbung zwischen zwei Graden steht, und wo sie an zwei mit einander vermischte Grade anknüpft. Allein die Entscheidung des ersten Falls beruht, wie

---

[3]) So theils mehr, theils weniger bestimmt Francke S. 69—71. Arndts II S. 662 Anm. 62. Schmidt S. 53 Anm. 159.

[4]) A. a. O. S. 429—431.

[5]) Von älteren Vertretern dieser Auffassung sind Cujaz und Donell hervorzuheben (Nachweise bei Mühlenbruch S. 430 Anm. 59); von neueren Glück VII S. 279 f. (der die richtige Auslegung der l. 1 C. cit. scharf betont), Vangerow a. a. O. (der unbegreiflicher Weise dieses Argument unbenutzt läßt).

[6]) A. a. O. S. 430 f.

sich sogleich zeigen wird, auf Erwägungen, welche in unserem Falle nicht zutreffen, — der von dem zweiten Vorgang handelnde Ausspruch aber ist eine unter allen Umständen schwer zu rechtfertigende Singularität[7]). Und am wenigsten kann es durch solche vermeintliche Analogien begründet werden, daß man sich über den Ausspruch der l. 1 C. cit. hinwegsetzt.

Ueber den Fall, wo die Enterbung zwischen zwei Graden steht, äußert Ulpian in l. 3 § 4 D. de lib. 28. 2:

Inter duos autem gradus exheredatus ab utroque remotus est secundum Scaevolae sententiam, quam puto veram.

Von vorn herein sprach hier gleich viel für die Beziehung auf den einen wie den andern Grad: sollte man danach die Willenserklärung für Beide, oder sollte man sie etwa (wegen Ungewißheit des Willens) für keinen von ihnen gelten lassen? Letztere Entscheidung würde zu einem übertriebenen Formerforderniß geführt haben; mit Recht sprach sich daher Scävola für die erste Auffassung aus. Und doch ist dies eben der Jurist, der in l. 19 D. de lib. 28. 2 die mit „et in cetera parte exheres mihi erit" verfügte Enterbung für ungültig erklärte, weil die dem Enterbten selbst vermachten Zehn durch jene Worte von dem unter der Willenserklärung begriffenen Vermögen ausgeschlossen waren. Gewiß ein Beweis, daß die der Enterbung ungünstige Strömung sich nicht consequent der Aufgabe versagen konnte, den wahren Willen des Erblassers bei mangelhafter Erklärung aus dem gegebenen Thatbestande zu ergänzen.

Die Quellen bieten keine Entscheidung über einen letzten Willen, der mehr als zwei Grade enthält und hier die Enterbung zwischen zwei Graden vorträgt. Mühlenbruch nimmt Enterbung von allen Graden an[8]). Nennenswerth ist unter seinen Gründen nur der Hinweis auf den Fall, wo die Enterbung an das Ende der vorhandenen Mehrheit von Graden gestellt ist. Allein eben bei diesem Vorgange wird Mühlenbruch mit einer Anzahl neuerer Schriftsteller (vergl. Anm. 3) der in l. 1 C. de lib. praet. 6. 28 vorliegenden Entscheidung nicht gerecht; wie wir oben (S. 97) ge-

[7]) Dies wird sich aus dem unten zu führenden Nachweise ergeben, daß es bei jener Entscheidung sich gar nicht um eine Eigenthümlichkeit des Falls einer Mehrheit angeordneter Grade handelt, sondern um den Satz, daß eine nicht auf die ganze Erbschaft ausgedehnte Enterbung ungültig ist.

[8]) A. a. O. S. 431—433. Zustimmend Arndts II S. 662.

zeigt haben, ließen Sever und Caracalla die Ausdehnung auf alle Grade nur gelten, wo der entsprechende Wille des Erblassers erkennbar war. Demnach hat man sich in dem jetzt zu beurtheilenden Falle, wo nicht ein anderer Wille erweislich ist, auf die Anwendung der l. 3 § 4 cit. zu beschränken, also nur für die zwei Grade Enterbung anzunehmen, zwischen welche die Verfügung des Erblassers gestellt ist[9]).

Die Quellen berühren endlich eine Verfügung, welche zwei je auf mehrere Erben gestellte Grade mit einander mischt, dabei aber die Enterbung dem Ausdruck nach nur mit einem einzelnen Eingesetzten und dessen Substituten in Verbindung bringt. In Uebereinstimmung mit Maurician nimmt hier Ulpian in l. 3 § 5 D. de lib. 28. 2 Enterbung von beiden Graden an[10]). Mit Recht nennt Schmidt (S. 53 Anm. 159 a. E.) die Entscheidung eine exorbitant weit gehende, innerlich ziemlich wenig begründete; bei einer nicht motivirten Enterbung mußte die der Verfügung gegebene eigenthümliche Stellung erhebliche Zweifel nach der Richtung hin wach rufen, ob nicht der Erblasser eine auf eine Erbquote beschränkte, demnach ungültige Enterbung im Sinn gehabt hatte. Grade diese Erwägung aber macht es deutlich, daß es sich bei Maurician's Ausspruch nicht um Zweifel über das Verhältniß der Enterbung zu den zwei Graden handelt: die Verfügung stand ja zwischen beiden. Was bei l. 3 § 5 cit. auffallend erscheint, ist der Umstand, daß der Jurist nicht auf das Erforderniß einer Enterbung gegenüber allen gleichzeitig gerufenen Erben kommt: hieran hätte die beschriebene Verfügung scheitern müssen. So, wie der Ausspruch der l. 3 § 5 cit. lautet, setzt sich derselbe in nicht zu rechtfertigender Weise über eben den Rechtssatz hinweg, welchen Scävola (und mit ihm Paulus) nach l. 19 D. de lib. 28. 2 mit übermäßiger Strenge zur Anwendung brachte. (Vergl. § 12 unter B.)[11])

---

[9]) So Vangerow a. a. O. unter b.

[10]) l. 3 § 5 cit. In eo, qui miscuit duos gradus, exheredationem valere Mauricianus recte putat, veluti: „Primus heres esto ex semisse. si Primus heres non erit, Secundus ex semisse heres esto. Tertius ex alio semisse heres „esto. filius exheres esto. si Tertius heres non erit, Quartus heres esto“. nam ab utroque gradu summotus est.

[11]) Außer l. 19 cit. und l. 3 § 2 D. eod., welcher letzte Ausspruch von der im Text gewürdigten l. 3 § 5 D. eod. in Ulpian's Werk ad Sabinum nur durch wenige Zeilen getrennt war, ist zur Erkenntniß der durchaus anomalen Natur der

Zum Schluß ist zu erinnern, daß alle in dem jetzt abzuschließenden Abschnitt über die Enterbung angestellten Untersuchungen ausschließlich das formelle Notherbenrecht und die diesem angehörige nicht motivirte Exheredation in's Auge zu fassen hatten. Im Recht der Nov. 115 tritt uns eine anders gestaltete Willenserklärung entgegen: die Ausschließung muß von vorn herein, auch in ihrer äußeren Fassung, durch einen der vom Gesetz anerkannten Ausschließungsgründe motivirt sein. Ob neben diesem neuen System die Grundsätze des alten Exheredationsrechts noch Geltung behaupten, läßt sich erst bei der Darstellung des Novellenrechts beurtheilen.

D. Milderungen des civilen Notherbenrechts durch die bonorum possessio secundum tabulas.

§ 14.*)

In einigen Fällen eines nach Civilrecht wegen der Uebergehung eines Notherben nichtigen Testaments gewährt das prätorische Recht dem eingesetzten Erben eine bon. poss. secundum tabulas, die bald uneingeschränkt, bald in beschränkter Ausdehnung wirksam ist. Diese Vorgänge sollen hier dargestellt werden.

I. Ist das Testament nichtig wegen der Uebergehung eines zur Zeit seiner Errichtung vorhandenen Haussohns oder eines postumus suus, so können die Testamentserben doch immer zur Erbschaft gelangen, wenn der suus sich der Erbschaft entschlägt. Letzterer ist ohne Weiteres, dem Testament entgegen, gesetzlicher Erbe geworden, und da ihm die Möglichkeit der Entschlagung nur durch das prätorische Recht dargeboten wird, so bleibt er nach Civilrecht trotz der Entschlagung Erbe, wenn auch die Erbeseigenschaft gemeinhin eine inhaltlose — ein nudum nomen — bleibt[1]). Ferner kann, weil jene

---

in diesem Fragment enthaltenen Entscheidung der scharf formulirte Ausspruch desselben Ulpian in l. 8 § 3 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 zu vergleichen: si *ab uno* ex heredibus sit filius exheredatus, Marcellus — scribit filium non videri exheredatum —.

*) Francke S. 96—120. Mühlenbruch 36. S. 312—338. Vangerow II § 473 (S. 246—248). Vergl. auch Fabricius, bonor. possessio S. 106—144. Leist, bon. poss. II. 1 S. 250—295.

[1]) Vergl. einerseits Paul. l. 12 pr. D. de interr. in jure 11. 1: — hunc qui abstinuit *praetor non habet heredis loco*. Ulp. l. 2 § 8 D. ad SC. Tertull. 38. 17: — ne *nudum nomen* sui heredis noceat matri —; anderseits Ulp. l. 30 § 10 D. de fideic. libert. 40. 5: — non est sine herede, qui suum heredem habet licet abstinentem se.

seine Eigenschaft fortdauert, die Erbschaft nach Civilrecht keinem hinter ihm stehenden Erben deferirt werden. Zwar erkennt der Prätor die Möglichkeit einer fortschreitenden bonor. possessio an [2]); allein der b. p. intestati wird in unserm Falle durch die bon. poss. secundum tabulas der Weg verschlossen. Denn das prätorische Recht behandelt das Testament auch bei Uebergehung eines suus nicht als nichtig. Dasselbe läßt an erster Stelle die bon. poss. contra tabulas deferirt werden; wird diese jedoch nicht erbeten — und das liegt in der oben gemachten Voraussetzung, daß der zur contra tabulas berechtigte civile Notherbe sich der Erbschaft entschlägt —, so schreitet die Delation zur bon. poss. secundum tabulas fort [3]).

Diese Sätze werden heutzutage allgemein anerkannt [4]); eine ältere, von bedeutenden Namen getragene Meinung wollte den Testamentserben nur in dem Falle eine bonor. poss. cum re zugestehen, wenn ihnen nächstes gesetzliches Erbrecht zur Seite stände [5]). Wenn diese Ansicht sich auf die Richtigkeit des Testaments und die damit begründete gesetzliche Erbfolge berief, so ist schon bemerkt, daß das prätorische Recht auch auf Grund eines solchen Testaments die bon. poss. secundum tabulas deferirt werden läßt. Mit nicht besserem Recht hat man für die vermeintliche beschränkte bonor. poss. cum re einen Beweis in l. 17 D. de injusto 28. 3 finden wollen. Denn die Stelle sagt nicht, wie man gemeint hat, daß im Fall der Entschlagung des übergangenen Sohnes den eingesetzten Brüdern desselben (damit den nächsten gesetzlichen Erben des Erblassers) ex bono et aequo

---

2) Ulp. l. 1 § 7 D. si quis omissa 29. 4 — nisi si abstinuerint quidem se testamento, verum ab intestato petierint *bonorum possessionem*. — Vergl. auch Scaev. l. 44 D. de re jud. 42. 1: — postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis et ita *bona* defuncti ad substitutum vel ad coheredes pervenerunt.

3) Ulp. l. 2 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11. Aequissimum ordinem praetor secutus est: voluit enim primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, judicium defuncti sequendum. — Ulp. 28. 5. Secundum tabulas bonorum possessio datur scriptis heredibus, scilicet si eorum, quibus contra tabulas competit, nemo sit, aut petere voluerit (nollent?). Vergl. auch l. 2 C. de bo. poss. co. tab. 6. 12.

4) Litterarische Nachweise bei Vangerow a. a. O. unter 1.

5) Vergl. die bei Francke S. 108 Anm. 25. Mühlenbruch a. a. O. S. 326 Anm. 17 gegebenen Nachweise. Unter den Vertretern jener heutzutage überwundenen Ansicht befinden sich Cujaz und Donellus. In unsrer Zeit war dieselbe zwar von Leist wieder aufgenommen, indessen ist ihr dieser später selbst entgegengetreten: bon. poss. II. 1. S. 279.

eine bonor. poss. secundum tabulas zu gewähren sei: haben sie diese doch nach der Regel des Edicts. Vielmehr wird lediglich die Leistung der Vermächtnisse und Freilassungen als Anforderung des billigen Rechts bezeichnet[6]).

Hat der übergangene suus sich bis zum Tode nicht darüber erklärt, ob er von seiner Notherbenberechtigung Gebrauch machen wolle, so können noch immer seine Erben den bisher beschriebenen Erfolg durch Entschlagung herbeiführen[7]).

II. Völlig klar ist ferner die Behandlung des Falls, wo dem lebenden Erblasser nach errichtetem Testament ein Postumus geboren wird, dieser aber vor dem Erblasser stirbt. Ohne Zweifel ist das Testament rumpirt; dennoch soll nach einem Rescript Hadrian's die den eingesetzten Erben zu ertheilende bon. poss. secundum tabulas stets cum re sein[8]): die Klagen der gesetzlichen Erben werden durch exceptio doli zurückgewiesen. Nur dem gesetzlichen Erbanspruche enterbter Kinder des Erblassers (unter diesen wohl auch der gewaltfreien), ferner der Erben von solchen muß der Testamentserbe weichen[9]).

III. Nach mehr als einer Richtung hin streitig ist die Behandlung des Falles, wo der Präterirte ein zur Zeit der Testamentserrichtung lebender Haussohn ist, dieser aber vor dem Erblasser stirbt. Die herrschende Lehre, die ich für die richtige halte, ist diese. Dem eingesetzten Erben wird zwar trotz der nach Civilrecht gegebenen Nichtigkeit des Testaments[10]) eine bon. poss. secundum tabulas gewährt; allein diese ist nur dann wirksam (cum re), wenn die Eingesetzten die nächsten gesetzlichen Erben sind[11]). Diese Meinung findet, wie mir scheint, ihre Begründung in l. 12 pr. in f. D. de injusto, auch dient zur Unterstützung Gaj. II. 148.

---

[6]) Ueber die l. 17 cit. Francke S. 108—110. Dazu Mühlenbruch S. 329—333.

[7]) l. 7 § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, womit zu verbinden l. 19 init. C. de jure delib. 6. 30.

[8]) l. 12 pr. D. de injusto 28. 3.

[9]) l. 13 D. de doli except. 44. 4. Vergl. außer Vangerow a. a. O. unter 2. Fabricius S. 112 f. Arndts II S. 573 Anm. 59 und jetzt auch Leist, Forts. III S. 104 (wo die abweichende Auslegung in bon. poss. II. 1 S. 287 zurückgenommen wird).

[10]) Gaj. II. 123. pr. J. de exher. lib. 2. 13.

[11]) Vergl. außer Francke S. 115—120 Vangerow a. a. O. unter 2; bei Beiden weitere Nachweise (bei Francke S. 115 Anm. 35. 36).

149. Die Betrachtung dieser Stellen wird am Besten mit der Besprechung der abweichenden Ansichten verknüpft; auf diese ist daher sogleich einzugehen.

A. Nach der einen Ansicht sollen die nämlichen Grundsätze Platz greifen, die bei dem unter II. besprochenen Testament gelten, welches durch einen vor dem Erblasser wieder verstorbenen Postumus rumpirt ist[12]). Einen unmittelbaren Beweis hat man hiefür nicht zu erbringen vermocht. Denn die l. 2 pr. D. de bo. poss. sec. tab. 37. 11 spricht nur aus, daß die contra tabulas vor der secundum tabulas angeboten werde; die l. 3 § 14 D. de bon. libert. 38. 2 setzt zwar voraus, der Freigelassene habe seinen Haussohn übergangen, aber sie bezeichnet als eingesetzten Erben den Patron, damit offenbar die Person, welche nach dem Wegfall jenes Sohnes der nächste gesetzliche Erbe war. Mehr Gewicht fällt auf den namentlich von Arndts (Anm. 12) näher entwickelten Gedanken, daß die vom Postumus handelnde l. 12 pr. D. de injusto 28. 3 (erster Theil) analog zur Anwendung zu kommen habe; trotzdem überzeugt auch dieser Begründungsversuch nicht. Es sind durchaus vereinzelte, zu verschiedenen Zeiten aus gesonderten Quellen entsprungene Rechtssätze, in denen sich nach classischem Recht der der bon. poss. secundum tabulas bei Nichtigkeit des Testaments ausnahmsweise zu Theil werdende Schutz gegenüber dem nachstehenden Civilerben darstellt: so das erwähnte Rescript Hadrian's über das testamentum ruptum, das bei Gajus (II. 120) besprochene Rescript von Mark Aurel über das testamentum non jure factum, endlich der gleichfalls auf dieses Testament (hier auch posterius imperfectum genannt) bezügliche Rechtssatz aus ungewisser Quelle in l. 2 pr. D. de injusto 28. 3 l. 12 § 1 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4[13]). Bei einer so gestalteten Lehre dürfen nur mit besonderer Vorsicht aus den isolirten Entscheidungen Grundsätze von allgemeinerer Bedeutung abgeleitet werden. Und grade in unserm Falle trifft die Uebertragung des Rechts des testamentum ruptum (l. 12 pr. D. de injusto 28. 3) auf Bedenken. Nach den Voraussetzungen von Hadrian's Rescript hat das der Gültigkeit des Testaments entgegenstehende Hinderniß — das Dasein des Postumus, den der Erblasser überlebt — zu den beiden Zeitpunkten des errichteten Testaments und des Todes

---

[12]) So Bluntschli S. 114. Arndts II S. 573—575. (Bei Letzterem in Anm. 65 weitere Anhänger dieser Auffassung.)

[13]) Vergl. die Darstellung bei Leist, bon. poss. II. 1 S. 282—295.

des Erblassers nicht bestanden. Eben auf diese Zeitpunkte wird bei einem andern Ungültigkeitsgrunde — der vorübergehend weggefallenen testamentifactio des Erblassers — vorzügliches Gewicht gelegt[14]); sie werden daher auch auf die Entstehung des Satzes von testamentum ruptum Einfluß geübt haben. Eben darum ist auf jenen Satz keine Rücksicht zu nehmen, wo es sich um die Beurtheilung des wegen der Uebergehung des lebenden Sohnes sofort nichtigen Testaments handelt.

Einige Aeußerungen der Quellen sind mit der hier bestrittenen Ansicht unverträglich, zum Theil unterstützen sie direct unsre Auffassung. In l. 7 D. de lib. 28. 2 wird eben der Fall des übergangenen, dann vor dem Erblasser gestorbenen Haussohns behandelt. Wenn hier Paulus äußert „testamentum non valet", so könnte darin allerdings mit Arndts (S. 574 f. Anm. 64) ein bloßes Betonen des Standpunkts des Civilrechts gefunden werden. Allein der Jurist fügt hinzu: „nec superius rumpetur": würde er wohl so gesprochen haben, wenn das zweite Testament die Grundlage einer gegen Jeden wirksamen bonor. possessio abgab, also die civile Gültigkeit des ersten Testaments inhaltlos machte? Unmöglich hätte der Jurist diese so wesentliche Beschränkung seiner Aeußerung verschweigen können.

Von vorzüglichem Gewicht ist die schon unter II. behandelte l. 12 pr. D. de injusto 28. 3. Ulpian hat im Eingang Hadrians Rescript über die Aufrechthaltung des testamentum ruptum besprochen. Nachdem er dann hervorgehoben hat, daß danach auch Legate und Fideicommisse in Kraft bleiben, schließt er mit den Worten

— idem et circa *injustum* et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

Bestimmt heißt hier injustum das Testament, welches durch Uebergehung eines suus nichtig ist[15]): von diesem aber wird in den Schlußworten in entschiedenem Widerspruch mit der Meinung von Arndts

---

[14]) Vergl. l. 11 § 2 D. de bo. poss. sec. tab. 37. 11. und das oben im § 4 unter II a. E. Ausgeführte. (S. 17.)

[15]) So Francke S. 118–120. Mühlenbruch S. 318 f. Fabricius S. 138 vergl. mit S. 136. Vangerow II § 473 Anm. unter 2. *Hingst* S. 199 f. Mühlenbruch macht darauf aufmerksam, daß die Stelle schon in Bas. 39. 2 c. 12 schol. 2 in unserm Sinne ausgelegt wird. — Beweise für das Vorkommen des „injustum" in der angegebenen Bedeutung bei *Dirksen* h. v. § 2.

bezeugt, es begründe nur dann eine wirksame secundum tabulas, wenn die Eingesetzten zugleich nächste gesetzliche Erben seien. — Der vorstehenden Auslegung der l. 12 cit. ist freilich von anderer Seite widersprochen: Leist[16]) sieht im testamentum injustum der l. 12 cit. das wegen Formfehlers nichtige Testament. Allein Leist hat das schon von Francke dargelegte Bedenken nicht zu beseitigen vermocht, daß seit dem Rescript von Mark Aurel (Gaj. II. 120) beim testamentum non jure factum jeder Testamentserbe vermöge der ihm zur Seite stehenden exceptio doli eine bon. poss. secundum tabulas hatte, die cum re war. Denn die Kraft dieses Arguments leidet nicht durch den Einwurf, daß die Einrede nur gegen den gesetzlichen Erben stattfand, nicht gegen den Erben aus einem andern gültigen Testament: auch so hätte Ulpian nicht sagen dürfen, der in einem solchen Testament ernannte Erbe behalte die Erbschaft, wenn er nächster gesetzlicher Erbe sei[17]).

Die Vertreter der herrschenden Meinung berufen sich noch auf Gaj. II. 148. 149; diese Stelle bespreche ich in Verbindung mit einer zweiten abweichenden Lehre, die ich jetzt erwäge.

B. In schärfstem Gegensatz zu der soeben bekämpften Auffassung steht die Ansicht von Leist[18]). Nach dieser hätte der Prätor bei vorliegender Uebergehung eines wenngleich vor dem Erblasser verstorbenen Haussohns dem Testamentserben überall keine *bon. poss. secundum tabulas* gewährt oder doch die ertheilte *bon. possessio* als *non data* behandelt; demnach wäre dem eingesetzten Erben das geringe Maß von Schutz versagt geblieben, das die herrschende Meinung gelten läßt. Leist geht von der gewiß begründeten Annahme aus, die Hauptabsicht des Prätor sei bei jener bon. possessio darauf

---

[16]) Bonor. poss. II. 1 S. 288—290.

[17]) Freilich pflegt man bei dem im Text abgedruckten, mit „idem et circa" beginnenden Schlußsatz der l. 12 cit. den Nachdruck auf die Aufrechthaltung der Vermächtnisse und Freilassungen zu legen. (So nicht allein Leist S. 289 f. Anm. 7ª, sondern auch Francke S. 118. Fabricius S. 138, besonders Anm. 188.) Indessen verträgt sich das nicht mit dem Zusammenhang der Stelle. Diese hebt in erster Linie hervor, was offenbar auch allein von Hadrian verfügt war, daß die bon. poss. secundum tabulas dem Testamentserben in wirksamer Weise das Vermögen gewährt; die Folgerung wegen des Schutzes der Nebenverfügungen wird nur beiläufig von Ulpian gezogen. An diesem Verhältniß beider Gedanken zu einander ist auch bei dem Schlußsatze festzuhalten.

[18]) Bon. poss. II S. 250—282, insbes. S. 277—279. S. 288. 289.

gerichtet gewesen, dem in einem gültigen Civiltestament Eingesetzten rasch zum Besitz des Vermögens zu verhelfen. Im Verlauf der Zeit, heißt es dann weiter, sei freilich auch aus einem wegen gewisser Gründe nichtigen Testament eine gültige secundum tabulas b. p. ertheilt: allein an derartigen Gründen ließen sich nur vier aufweisen. Ueber drei lehre Gajus dies (II. 147—149): falls das Testament ein non jure factum, ruptum oder irritum sei, werde der Eingesetzte im Besitz des Vermögens geschützt, wenn nur nicht ein Civilerbe vorhanden sei und Ansprüche mache. Als ein vierter, abweichend behandelter Grund wird die Uebergehung eines suus bezeichnet; doch soll dieser nur in der einen Anwendung Berücksichtigung gefunden haben, wenn der suus den Erblasser überlebte und sich der Erbschaft entschlug. (l. 17 D. de injusto 28. 3.)

Von letzterem Falle ist genügend oben unter I gehandelt; was sonst über den Fall des übergangenen Haussohns zu sagen ist, wird sich an die Betrachtung der drei von Gajus namhaft gemachten Nichtigkeitsgründe anknüpfen lassen.

Der Bericht des römischen Juristen (II. 147) wird mit den Worten eingeleitet:

> Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel *ab initio non jure facta* sunt, vel *jure facta postea irrita facta aut rupta* sunt. —

Diese Zusammenstellung der drei Gründe soll nach Leist keine zufällige sein: sie kehrt nach ihm wieder bei Ulp. **23.** 6., in l. 1 D. de exc. rei jud. 44. 2 und in der vorhin besprochenen l. 12 pr. D. de injusto.

Hier haben wir zunächst zu entgegnen, daß die jetzt bezeichneten Aeußerungen der Quellen keine Parallelstellen für Gaj. II. 147 abgeben. Ulpian (**23.** 6) spricht nur vom testamentum ruptum und irritum, — die l. 1 cit. nennt das ruptum, irritum und *non justum* ohne ein Eingehen auf die einzelnen Fälle, insbesondere ohne Hindeutung darauf, daß bei dem „non justum“ an das „non jure factum“ zu denken wäre; von l. 12 pr. cit. aber ist vorhin gezeigt, daß die Stelle als testamentum injustum deutlich das wegen der Uebergehung eines suus nichtige Testament erkennen läßt. — Was sodann den Bericht des Gajus betrifft, so beruht hier die Zusammenstellung der drei Fälle lediglich darauf, daß im Voraufgehenden ausführlich von der Form der Testamente (im Zusammenhang damit vom for-

mellen Notherbenrecht), demnächst aber vom testamentum ruptum und irritum gehandelt ist[19]).

Indessen ist doch auch die Frage aufzuwerfen, wie wir bei Gajus (II. 147) den Ausdruck „test. non jure factum“ zu verstehen haben. Wenn Leist die Antwort gibt, es sei an unbedeutende Formfehler zu denken, wie die Auslassung der familiae mancipatio und den nuncupatio (S. 267 f.), so erhebt sich dagegen ein sehr ernster Zweifel. Im Zusammenhang der voraufgeschickten Entwicklung (II. 120) hat Gajus das grade auf Formfehler der beschriebenen Art bezügliche Rescript von Mark Aurel besprochen, insbesondere hervorgehoben, nach diesem werde die bon. possessio des Testamentserben jedem gesetzlichen Erben des Civilrechts gegenüber durch exceptio doli geschützt. Demnach kann der Jurist doch wohl nicht mit Rücksicht auf solche Mängel sagen wollen — was doch nach Leist's Ansicht in Gaj. II. 148. 149 gefunden werden müßte —, der im fehlerhaften Testament bedachte Erbe behalte die Erbschaft, wenn ihm diese nicht von einem durch anderes Testament oder Gesetz gerufenen Civilerben abgefordert werden könne. Vielmehr ist es sehr glaublich, daß unter den testamenta ab initio non jure facta des § 147 auch unsre Fälle des bei einem suus heres verletzten Notherbenrechts begriffen sind. Unter dieser Voraussetzung dient Gaj. II. 148 zur Unterstützung des oben (S. 104 f.) aus den Schlußworten der l. 12 pr. D. de injusto 28. 3 gewonnenen Ergebnisses.

Der Ansicht von Leist, daß aus einem wegen Uebergehung eines Haussohns nichtigen Testament eine bon. poss. secundum tabulas nicht ertheilt oder daß doch die ertheilte als non data behandelt wäre, steht überdieß eine weitere Stelle entgegen: es ist Ulp. l. 3 § 14 D. de bon. libert. 38. 2 [20]). Das dort von Ulpian besprochene Testament des Freigelassenen ist wegen Uebergehung des Sohnes nichtig. Indessen ist der Sohn noch vor dem Erblasser gestorben;

---

[19]) Gaj. II. 101—146.

[20]) l. 3 § 14 cit. Si libertus patronum suum ita heredem scripserit: „si filius meus me vivo morietur, patronus heres esto“, non male videtur testatus: nam si decesserit filius, poterit hic existente condicione accipere bonorum possessionem (secundum tabulas. itaque non admittitur ad contra tabulas bonorum possessionem ins. *Momms.*). — Auf die Stelle haben schon verwiesen Mühlenbruch S. 320. Hingst S. 200.

mit Rücksicht darauf kommt der zum Erben eingesetzte Patron zur bon. poss. secundum tabulas, und diese ist in seiner Hand cum re, da er der nächste gesetzliche Erbe ist.

C. In einem nebensächlichen Punkte vertheidigt auch Francke, den wir oben (Anm. 11) als Vertreter der von uns getheilten Ansicht zu nennen hatten, eine ihm eigenthümliche Auffassung. Beim testamentum irritum, genauer dem Falle, wo der Erblasser nach errichtetem Testament sich hat arrogiren lassen, später aber wieder aus der Adoptivfamilie ausgeschieden ist, nimmt Papinian in l. 11 § 2 D. de bon. poss. secundum tabulas 37. 11 Wirksamkeit des letzten Willens an, wenn der Erblasser diesen nach wiedererlangter Selbständigkeit bestätigt hat[21]). Diesen Satz meint Francke auf unser wegen der Uebergehung eines demnächst verstorbenen Notherben nichtiges Testament analog anwenden zu können. Dem entgegen hat jedoch schon Mühlenbruch (S. 324 f.) mit Recht hervorgehoben, daß Papinian bei seiner Entscheidung ein Anfangs gültiges Testament vor Augen hatte. Erlangte nun der Erblasser die Testirfähigkeit vor dem Tode wieder, so hat ihm dieselbe in den wichtigen Zeitpunkten der Testamentserrichtung und des Todes nicht gefehlt und so begreift es sich, daß der eingesetzte Erbe, nachdem er die bon. poss. secundum tabulas erbeten hat, mit dem interdictum Quorum bonorum gegen den gesetzlichen Erben durchdringen soll; dem Letzteren wird die exceptio doli in Rücksicht auf die erfolgte Bestätigung des letzten Willens versagt. Ganz anders bei dem wegen der Uebergehung des Haussohns von Anfang an nichtigen Testament: hier fehlt jede Möglichkeit, dem letzten Willen durch nachträgliche Bestätigung aufzuhelfen.

---

[21]) l. 11 § 2 cit. — si sui juris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit —.

Zweiter Theil: Das prätorische Recht.

§ 15.

I. Begriff der prätorischen Notherbfolge.

Die prätorische Notherbfolge verhilft gleich dem formellen Notherbenrecht des Civilrechts gewissen Descendenten des Erblassers entgegen dem letzten Willen zur Erbfolge. Mit dem civilen Institut hat sie die an den Erblasser gerichtete Anforderung gemein, den Notherben in seinem letzten Willen zum Erben einzusetzen oder zu enterben, und es kommt auch nach prätorischem Recht zur Notherbfolge, wenn das Testament diese Anforderung durch Präterition eines Notherben verletzt. Dagegen sind die Personen der Notherben bei der jene Erbfolge vermittelnden bon. poss. contra tabulas anders bestimmt, als nach Civilrecht: während nach Letzterem nur die sui, sind nach prätorischem Recht die in die erste prätorische Intestatclasse gehörigen Descendenten berechtigt, — die liberi. Angeboten wird die bon. possessio im Edict nicht allein dem durch Uebergehung verletzten, sondern zugleich mit ihm solchen Notherben, welche sich im Testament zu Erben eingesetzt finden. Dieser abgeleitete Erbbesitz (bon. poss. commisso per alium edicto) greift auf einem Punkte selbst über den Kreis der liberi hinaus, indem er die vom Testament gerufenen, in einer Adoptivfamilie stehenden Descendenten an der Notherbfolge betheiligt.

Noch erfordert das, was hier über den Begriff dieser Erbfolge zu sagen ist, einige Bemerkungen über die Voraussetzungen und über die Wirkungen der bon. poss. contra tabulas. Bedingt wird diese durch die Uebergehung eines Notherben in einem mindestens nach prätorischem Recht gültigen, mithin zur Herbeiführung der Erbfolge kraft letzten Willens geeigneten Testament. An sich bleibt auch das Testament — anders als bei der civilen Notherbfolge — trotz der bon. poss. contra tabulas in Kraft; aber das Vermögen wird dem eingesetzten Erben nach der regelmäßigen Anlage dieser bonor.

possessio völlig, in gewissen, durch die Personen und zum Theil durch das Verhalten jener Erben bestimmten Fällen nur theilweise durch den Notherben entzogen. Dies geschieht im Wege einer zu Gunsten des Letzteren begründeten Gesammtnachfolge. Hand in Hand geht mit jener Wirkung eine Schmälerung der Nebenverfügungen; insbesondere werden unwirksam die Vermächtnisse mit Ausnahme einer bestimmten Classe, bei den Römern auch die Freilassungen. — Mit Rücksicht auf diese weite Ausdehnung des vor der bon. poss. contra tabulas auf den letzten Willen ausgeübten Einflusses darf gesagt werden, daß dieselbe das Testament unwirksam macht. Von einem dieser Auffassung in neuester Zeit entgegengesetzten Widerspruche (Leist) ist im § 23 zu reden.

§ 16.

II. Geschichtliches über die bonorum possessio contra tabulas.

I. Die Betrachtung der Geschichte der bonor. poss. contra tabulas führt auf zwei zur Zeit noch nicht mit Sicherheit gelöste Fragen: die nach der Zeit ihrer Entstehung und die nach ihrer ältesten Anwendung. Die erste Frage steht in engem Zusammenhange mit der Untersuchung über die Entstehung aller bonor. possessio. Bei dieser fällt das Hauptgewicht auf einige viel benutzte Aeußerungen Cicero's. Zwei von ihnen — Cic. orat. part. c. 28 und pro Cluent. 60. 165 — gewähren den Beweis, daß zu Cicero's Zeit die später als bon. poss. Unde cognati bezeichnete Erbclasse und wohl auch die Classe Unde vir et uxor in ihren Anfängen im prätorischen Edict Platz gefunden hatte. Auf diese Notizen hat unsre Untersuchung nur in nebensächlicher Weise weiter unten Bezug zu nehmen. Uebrig ist die dritte Stelle — in Verr. II. 1 cap. 44. 45: auch sie spricht zwar nur von der bon. poss. secundum tabulas und Unde legitimi, aber sie gewährt einen negativen Beweis für unsre Lehre[1]). Cicero bringt die schweren Rechtswidrigkeiten zur Sprache, deren Verres sich während seiner städtischen Prätur theils bei der Abfassung, theils bei der Handhabung des Edicts schuldig gemacht hatte. Indem dabei gerügt wird, in welcher Weise der Angeklagte mit Rücksicht auf einen einzelnen Fall vom tralaticischen Edict über

---

[1]) Vergl. über diese Stelle einerseits Fabricius, bon. poss. S. 26—38. Hingst, comment. de bon. possessione S. 50—57. Leist, Forts. I S. 50—63; — anderseits Schmidt S. 67. S. 68 f. Anm. 6.

die bon. possessio abgegangen war, erhalten wir Kenntniß von der Wortfassung des Letzteren [2]). Dasselbe hat danach ohne Zweifel mit der bon. poss. secundum tabulas begonnen, eine bon. poss. contra tabulas stand damals nicht an seiner Spitze. Eben so unzweifelhaft ist es, daß an diese Verheißung des Erbbesitzes auf Grund des Testaments die bon. poss. intestati des Civilerben sich unmittelbar angeschlossen hat (uti quemque potissimum *heredem* esse oporteret cet.; Anm. 2 unter II): zwischen beiden Bestimmungen kann also eine bon. poss. Unde liberi noch nicht angeboten gewesen sein. Und das ist ein entscheidender Beweis gegen die Annahme, als habe man schon zu Cicero's Zeit eine bon. poss. contra tabulas gekannt. Zwar wenn man auf diese allein sieht, so bleibt die durch Schmidt nach dem Vorgange von Huschke betonte Möglichkeit stehen, daß sie in einer besonderen Clausel am Schluß des ganzen Edicts ihre Stelle fand. Allein in Anwendung auf die bon. poss. Unde liberi ist die gleiche Annahme nach der Fassung des Edicts schlechthin ausgeschlossen; hieraus aber ist wieder das Fehlen der *contra tabulas* zu folgern. Jedenfalls läßt sich eine solche in der Ausdehnung auf die *liberi* so lange nicht denken, als diesen nicht auch die erste Classe in der prätorischen Intestaterbfolge zugewiesen war. Und gegenüber dem Gedanken an eine auf die *sui* beschränkte contra tabulas lassen wir uns einstweilen die erwähnte Thatsache genügen, daß eine solche bonor. possessio nicht im Eingang des Edicts vorkam. Eine weitere Stütze erhält die Behauptung, daß dieselbe der jetzt in Frage stehenden Zeit wirklich unbekannt gewesen ist, an dem unter II auszuführenden Satze, wonach geschichtlich die prätorische Notherbfolge wohl nicht von den sui ausgegangen ist.

Wenn wir sagten, eine bon. poss. *Unde liberi* könne zur Zeit der Anklage gegen Verres nicht bestanden haben, so tritt dem (wie der gleichen Annahme bezüglich der contra tabulas) eine abweichende

---

[2]) Ich theile hier die beiden ersten Sätze in der Fassung mit, welche ihnen Leist in seiner trefflichen Erörterung dieses Gegenstands zuschreibt. Großentheils sind sie wörtlich aus der angegebenen Rede Cicero's zu entnehmen: (I.) Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. (II.) Si tabulae testamenti non proferentur, tum uti quemque heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo. (Cic. laud. §§ 114—117. Leist S. 76).

Auslegung der vorhin erwähnten Edictsworte entgegen. Nach diesen hatte der Prätor erklärt, bei Vorlegung eines gehörig gesiegelten Testaments werde er den Erbbesitz „secundum tabulas *potissimum*“ verleihen, — bei Nichtvorlegung sollte die bonor. possessio gegeben werden, uti quemque *potissimum* heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset. Das beide Male gebrauchte „potissimum“ bildet den Angriffspunkt für Alle, welche für Cicero's Zeit trotz der Verrinen die Geltung der beiden streitigen Erbclassen vertheidigen. Frühere Aeußerungen über den Sinn dieses Ausdrucks, namentlich die von Bachofen und von Huschke, sind bei Hingst dargestellt und besprochen[3]); sie dürfen als erledigt gelten. Ad. Schmidt will das Wort durch „in der Regel“ übertragen wissen[4]); danach hätte der Prätor bei der Verheißung der bon. poss. secundum tabulas wie der Unde liberi Ausnahmen vorbehalten gehabt: als solche aber wären nur die bon. poss. contra tabulas und Unde liberi denkbar. Diese Auffassung erscheint an sich bei der ersten, auf den Erbbesitz aus dem Testament bezüglichen Clausel möglich; denn hier begegnet uns ein „*potissimum possessionem dabo*“. Allein die zweite Clausel spricht von einem „uti quemque *potissimum heredem esse* oporteret“, und dies kann nur sagen wollen, daß der an erster Stelle Berufene den Besitz erhalten solle[5]). Mit Rücksicht darauf muß dann aber weiter behauptet werden, daß das „potissimum“ im ersten Edictssatze in gleichem Sinne zu nehmen, also dahin zu verstehen ist: der Testamentserbe soll an erster Stelle den Erbbesitz beanspruchen können.

Ich habe das Argument, welches die hier vertretene Ansicht aus der erörterten Aeußerung Cicero's entnimmt, vorangestellt, weil dasselbe so gewichtig ist, daß man sich durch dasselbe wird leiten lassen müssen, so lange nicht ein völlig überzeugender Beweis für die Gegenansicht erbracht ist. Die Gründe für diese sind in unsrer Zeit in einer, wie begreiflich, sehr tüchtigen Weise von Ad. Schmidt entwickelt: indem ich auf sie übergehe, mache ich vorweg auf Eins aufmerksam. Für den Satz, daß zur Zeit der Verrinen eine auf die *sui* beschränkte bon. poss. contra tabulas bestanden habe, fehlt es fast

[3]) A. a. O. S. 51—61.

[4]) Auch Hingst, obwohl zu den Vertretern der von uns angenommenen Ansicht gehörig, nimmt den Ausdruck in diesem Sinn.

[5]) Vergl. Leist, Forts. II S. 11 f. Anm. 19. III S. 77 f. Dazu dessen bon. poss. I S. 140.

ganz an positiven Beweisen: eine scheinbare Stütze bietet ihm die Unwahrscheinlichkeit eines Rechtszustandes, wonach der Prätor dem suus, dessen Uebergehung Nichtigkeit des Testaments begründete, die Vortheile des interdictum Quorum bonorum längere Zeit hindurch vorenthalten haben sollte. Allein dem ist auf andere Weise auszuweichen: es ist bestimmt zu behaupten, daß lange vor dem Entstehen der bon. poss. contra tabulas solche sui sofort die bon. poss. intestati in der Classe Unde legitimi nachsuchen konnten.

Eine größere Zahl von Beweisgründen bietet sich für den Satz, daß eine contra tabulas b. p. für den Emancipirten schon in der Zeit Cicero's in Geltung gestanden habe: eben dies aber ist das Feld, auf welchem nach unsern obigen Bemerkungen die Aeußerungen Cicero's (im Verr. II. 1 c. 44. 45) mit voller Kraft widersprechen. Die Gründe für das Bestehen einer solchen bonor. possessio liegen in dem theils mit Sicherheit, theils mit Wahrscheinlichkeit für die angegebene Zeit anzunehmenden Bestehen einer Reihe von Rechtsinstituten, neben denen eine formelle Notherbfolge der Emancipirten — so möchte man glauben — nicht wohl lange auf sich warten lassen konnte. Man zählt dahin das Vorkommen der Emancipation schon gegen das Ende des vierten Jahrhunderts der Stadt[6]), in Verbindung damit aber die beiden Sätze, daß zu Cicero's Zeit das Edict nachweislich eine bonor. possessio zu Gunsten der Cognaten enthielt, sowie daß für dieselbe Zeit das Bestehen der querella inofficiosi testamenti mindestens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu behaupten ist[7]).

Betrachten wir zunächst diesen Theil der Beweisführung. Meines Erachtens ist die Thatsache der Zulassung der Cognaten zur bonor. possessio nahezu ohne Gewicht. Der Schritt zu einer Ergänzung der civilen Intestatclassen für Fälle, in denen diese versagten, kann von vorn herein nicht auf große Bedenken gestoßen sein; solche werden der Thätigkeit des Prätor erst entgegengetreten sein, als es auf eine Correction des Civilrechts ankam. Eben diese wurde mit der Aufstellung der bonor. possessio contra tabulas und der Intestatclasse Unde liberi unternommen. Demnach erscheint der Schluß von

[6]) Liv. VII. 16. Valer. Max. VIII. 6. 3. (Schmidt S. 69 Anm. 9.)

[7]) Vergl. wegen der bonor. possessio der Cognaten Cic. orat. part. c. 28. pro Cluent. 60. 165 und das darüber im Eingang dieses Paragraphen Gesagte; — wegen der Querel die unten im § 49 folgenden Ausführungen.

der bon. poss. Unde cognati auf die correctorischen Classen ungerechtfertigt.

Auch das weitere Beweismoment aber möchte ich nicht hoch anschlagen, daß die Uebung der Emancipation erweislich in die besten Zeiten der Republik hinaufreicht. In der classischen Zeit sehen wir den Satz in Geltung stehen, daß das Peculium ohne Weiteres als dem bisherigen Hauskinde überlassen gilt, wenn es nicht bei der Emancipation entzogen wird. Und dasselbe gilt von einzelnen Vermögensstücken, die dem Hauskinde früher geschenkt und bei der Emancipation nicht zurückgenommen sind [8]). Ohne Zweifel aber hat lange bevor eine solche Präsumtion für den Schenkungswillen sich bildete und wohl seit der Ausbildung der Emancipation das Kind regelmäßig bei seiner Befreiung von der väterlichen Gewalt das Peculium [9]) oder ein Geschenk einzelner Theile des väterlichen Vermögens durch erklärten Willen des Vaters erhalten. Denn wenn jene Vermuthung sich zu einer Zeit bilden konnte, wo der Emancipirte längst mit Hülfe des prätorischen Rechts zur Beerbung des Vaters gelangte, so muß dem Kinde in der alten Zeit, wo ihm mit der erlangten Selbständigkeit alle Erbberechtigung gegenüber dem bisherigen Gewalthaber verloren ging, die Sitte zur Hülfe gekommen sein. Das ist also namentlich für die Zeit der Republik zu behaupten: es ist aber sehr wohl möglich, daß man sich lange Zeit mit einem Rechtszustande beholfen hat, bei welchem das aus der Gewalt scheidende Kind für die wegfallende Erbberechtigung durch väterliche Liberalität entschädigt wurde.

Daß man zu Cicero's Zeit schon eine *querella inofficiosi testamenti* gekannt hat, ist zwar auch heutzutage, wie noch im Pflichttheilsrecht berührt werden soll, bestritten. Doch liegt ein schwer zu beseitigendes Zeugniß für die bejahende Ansicht in der Erzählung bei Valer. Max. VII. 7. 2. Sprachen aber in dem dort mitgetheilten Rechtsfalle aus der Zeit des Pompejus die Centumvirn auf die Klage eines in Adoption gegebenen Sohnes die Rescission des väterlichen Testaments aus, so scheint gesagt werden zu müssen, daß

---

[8]) Vergl. fr. Vat. § 255 (= Papin. l. 31 § 2 D. de donat. 39. 5) § 260. 261. Dazu § 6 J. de legat. 2. 20. l. 6 C. de emanc. 8. 49. Mandry, Familiengüterrecht II S. 196—205 verbunden mit I S. 274. 275.

[9]) Wie reichlich oft der Haussohn durch das Peculium versorgt war, hat Ihering gezeigt (Geist d. röm. Rechts II. 1 § 32 Anm. 324).

der Zulassung der Emancipirten zur Querel kaum ein Bedenken entgegenstehen konnte. Dennoch ist der Schluß ein unzuverlässiger. Die Querel eines in Adoption gegebenen Kindes hatte in der classischen Zeit, nach der uns in l. 10 C. de adopt. 8. 48 vorliegenden Nachricht, die gemeine Meinung gegen sich; danach dürfte jene Entscheidung aus der Zeit der Republik zu den Anomalien gehören, die in der Rechtssprechung des Centumviralgerichts keine Seltenheit waren. Ueberdies fehlte eben bei der Hingabe in Adoption der Gesichtspunkt, um dessen willen wir vorhin das frühe Vorkommen eines formellen Notherbenrechts der Emancipirten in Zweifel zogen: das Kind fand bei seinem Uebertritt in die fremde Familie seine Entschädigung für die eingebüßte Erbberechtigung nicht in einer Vermögensabfindung, sondern in der neuen Stellung eines suus des Adoptivvaters. Schlugen nun im einzelnen Falle die damit eröffneten Aussichten fehl, so konnte leicht zu einer Zeit, in welcher das Recht der Querel im Einzelnen noch nicht durchgebildet war, das richterliche Urtheil sich für einen Pflichttheilsanspruch des Adoptirten gegen den leiblichen Vater entscheiden, auch wenn ein materielles Notherbenrecht für Emancipirte noch nicht bestand. — Müßte aber auch das Dasein einer solchen Berechtigung für Cicero's Zeit anerkannt werden, so zeigt doch wiederum das erwähnte Beispiel des in der Adoptivfamilie stehenden Kindes, daß daraus für das Bestehen der bonor. possessio Unde liberi — folgeweise auch der contra tabulas — nichts abgeleitet werden könnte.

Weiter wird geltend gemacht, daß die bon. poss. contra tabulas des Patrons gegen den Nachlaß des Freigelassenen vor 680 der Stadt bestanden hat[10]), und daß die emancipirten Kinder des Patrons lange vor der lex Julia et Papia an dieser bonor. possessio Theil gehabt haben müssen, da Letztere durch jenes Gesetz auf die Kinder der patrona übertragen wurde[11]). Allein darauf ist mit Leist[12]) zu erwidern, daß die patronatische Pflichttheilsberechtigung ein Ersatz war für Verpflichtungen, die ursprünglich dem bisherigen Sclaven bei der Freilassung aufgelegt wurden, insbesondere für die

---

[10]) Genauer: nach 636 (Edict des Prätor Rutilius, l. 1 § 1 D. de bon. libert. 38. 2) — vor 680 (nach Cic. in Verr. I. 48). — Schmidt S. 70 Anm. 11.

[11]) Gaj. III. 53. (Zu der Stelle Schmidt, Pflichtth.-R. des Patrons S. 23 f. Anm. 50.)

[12]) Fortſ. II S. 10 f. Anm. 17.

durch den Prätor Rutilius unter Zurückweisung weiter gehender Belastungen gestattete societatis actio[13]). Es ist begreiflich, daß eine Pflichttheilsberechtigung, die in solcher Weise die Stelle eines bisher durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründeten vermögensrechtlichen Anspruchs einnahm, weder an sich noch in seiner Ausdehnung auf die cognatischen Descendenten des Patrons auf Schwierigkeiten stieß. Grade dieser eigenthümliche geschichtliche Anlaß jenes Pflichttheilsrechts macht es unmöglich, daß von ihm aus auf die Zeit der Entstehung des formellen prätorischen Notherbenrechts geschlossen werde.

Endlich hat man sich mehrfach auf das Alter der missio ventris nomine und der bonor. possessio Carboniana bezogen: die Erstere findet sich bezeugt für die Zeit des Servius und wieder des Labeo, die Zweite für Labeo's Zeit. Allein die knappen, für diese Thatsachen vorliegenden Beweisstellen[14]) geben keine Aufklärung darüber, ob zur Zeit des Servius wie des Labeo schon andere Personen als die sui auf die von diesen Juristen besprochene Hülfe Anspruch hatten[15]): demnach läßt sich auch für jene Zeit das Verhältniß jener Missionen zu der bon. poss. contra tabulas nicht feststellen.

Wir gelangen zu dem Ergebniß: es ist bei dem negativen Satze stehen zu bleiben, daß die bonor. possessio contra tabulas der Descendenten nicht wohl zu Cicero's Zeit bestanden haben kann. Daß sie zur Zeit des Augustus in Geltung war, ist sicher[16]). Ob sie dem persönlichen Eingreifen dieses Kaisers ihre Entstehung verdankt hat, wie Fabricius vermuthet (S. 91—95), ist nicht zu sagen.

II. Ich komme zu der Frage, welche Anwendung der bon. poss. contra tabulas als die älteste zu betrachten ist. Die Meinungen hierüber sind getheilt. Auf der einen Seite steht die Ansicht, diese Notherbfolge sei um der civilen Notherben willen eingeführt. Danach wäre Zweck der Neuerung gewesen, den Erben zum Besitz der Erbschaft zu verhelfen, vor Allem zu dem mittelst des interdictum Quorum bonorum zu erlangenden Besitz der körperlichen Sachen[17]).

---

[13]) l. 1 D. de bon. libert. 38. 2. Näheres über die geschichtliche Entwicklung bei Schmidt, Pflichtth.-R. S. 4—11.

[14]) l. 1 § 24. 29 de ventre in poss. 37. 9. l. 9 D. de Carbon. edict. 37. 10.

[15]) Vergl. Hingst S. 153.

[16]) Vergl. den dem Labeo zugeschriebenen Ausspruch in l. 8 § 11 D. de bon. poss. co. tab. 37. 4.

[17]) So Francke S. 121 f. Schmidt S. 65—68.

Näher ausgeführt ist diese Meinung von Schmidt. Nach ihm war es überhaupt die ursprüngliche Aufgabe der bonor. possessio, dem Civilerben den Besitz des Vermögens, damit den doppelten Vortheil der Ersitzung pro herede und der Beklagtenrolle zu verschaffen. Von diesem Standpunkt aus soll man es als das Natürlichste zu betrachten haben, daß die contra tabulas so früh vorhanden war, als es eine bonor. possessio gab. Denn zu der Zeit, wo der Prätor über diese zu ediciren begann, hätten zuverlässig die Anfänge des civilen Notherbenrechts bestanden; an diese aber hätte sich eine contra tabulas bon. poss. anlehnen können, die bestimmt war, den Interessen der sui zu dienen, demnach adjuvandi juris civilis gratia ertheilt wurde. — Die herrschende Meinung[18]) nimmt umgekehrt an, die contra tabulas sei in ihrer ältesten Gestalt auf die Emancipirten berechnet gewesen; Hingst, der zu den Anhängern dieser Meinung gehört, läßt dabei die Möglichkeit zu, daß gleichzeitig den civilen Accrescenzerben die vollen Vortheile der prätorischen Notherbfolge zugewendet wurden. Nach Leist[19]) soll die neue prätorische Schöpfung nur die Accrescenzerben, damit die Aufhebung der Beschränkungen im Auge gehabt haben, welchen diese Classe der sui im Vergleich zum Haussohn und zu den postumi sui unterlag.

Ich halte die zweite Ansicht für die richtige. Die Behauptung, das neue Institut sei in seinen ersten Anfängen von denjenigen civilen Notherben ausgegangen, deren Uebergehung nach Civilrecht Nichtigkeit des Testaments erzeugte (dem lebenden Haussohn, dem postumus suus), läßt sich nach meinem Dafürhalten am wenigsten begründen. Bei diesen bestand von vorn herein nur ein beschränktes Bedürfniß einer vom Prätor zu gewährenden Hülfe, da ihnen in Folge der Nichtigkeit des Testaments ihr civiles Intestaterbrecht zur Seite stand[20]). Nur die Möglichkeit des Gebrauchs des interdictum Quorum bonorum,

---

[18]) Für diese außer Andern Bluntschli S. 67. Mühlenbruch 37 S. 4 f. in Anm. 2. Hingst, comment. de bon. poss. S. 146 ff. bes. S. 148. Der Hauptsache nach gehört hieher auch Fabricius, bon. poss. S. 92; doch spricht Letzterer (S. 38. S. 101 Anm. 132) die Vermuthung aus, daß vor dem Aufkommen der regelmäßigen prätorischen Notherbfolge eine contra tabulas mit wesentlich abweichendem Inhalt für den übergangenen Haussohn aufgestellt sei. Uebereinstimmend Vangerow II § 398 Anm. unter 3.

[19]) Bonor. poss. II. 1 S. 76—83. S. 150. Forts. III S. 107—110.

[20]) l. 15 pr. D. de legat. praest. 37. 5. l. 13 C. de jure delib. 6. 30. Vergl. noch Anm. 6.

zur Erlangung des Besitzes der Erbschaftssachen, mußte für sie von Interesse sein; aber bestimmt war ihnen dieses Interdict lange vor dem Aufkommen der bon. poss. contra tabulas zugänglich gemacht, indem sie die bonor. possessio sofort in der Classe Unde legitimi nachsuchen konnten [21]). Es kommt hinzu, daß ein wichtiges Rechtsinstitut, welches mehr als vieles Andere der bon. poss. contra tabulas einen eigenthümlichen Inhalt verleiht, — das Edict de legatis praestandis — bei jenen Personen aus der Classe der sui keine Anwendung fand. Denn dem sogleich bei der Errichtung des Testaments vorhandenen Haussohne wird mit ausdrücklichem Hinweis auf seine civile Intestaterbberechtigung die Befreiung von den Vermächtnissen auch für den Fall zugestanden, daß er die contra tabulas nachsucht [22]). Dasselbe aber ist von den postumi sui zu sagen, bei denen der gleiche Grund zutrifft.

Man wird hiernach den ersten Anstoß zu dieser bonor. possessio in der Rücksicht auf andre, als die soeben genannten Notherben zu suchen haben. Dabei darf insbesondere auf die Bemerkung von Schmidt kein Gewicht gelegt werden, daß die bonor. possessio als Ganzes um der Civilerben willen in's Leben gerufen sei. Zunächst scheint uns diese Auffassung mit Rücksicht auf die mannigfachen Interessen, denen die bonor. possessio zu dienen hatte, zu eng zu sein [23]). Und abgesehen davon würde sich aus jenem Satze nichts in Betreff der Gründe entnehmen lassen, welche die *contra tab.* bon. poss. in's Leben gerufen haben; jedenfalls ist ja diese, wie unter I gezeigt wurde, erst zu einer Zeit entstanden, wo das Institut der bonor. possessio längst in vieljähriger Uebung stand.

Nach dem Bisherigen muß gesagt werden, ob das Institut bei seiner Begründung an die Accrescenzerben oder an die gewaltfreien Descendenten, vor Allem die Emancipirten, angeknüpft hat. Dem Gedanken, daß die Ersteren den Anstoß gegeben haben, ist schon von anderer Seite entgegengehalten, daß danach Mark Aurel (Gaj. II.

---

[21]) Arg. l. 32 D. de lib. 28. 2. l. 1 § 9 D. si tabulae 38. 6. Dazu Leist, Forts. III S. 107 f.

[22]) Paul. l. 15 pr. D. de legat. praest. 37. 5: — quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret —. Ulp. l. 16 D. eod.: — cum rem ab intestato habeat —.

[23]) Vergl. die Ausführung bei Leist, Forts. I S. 317—321 in Verbindung mit der Recens. von G. Hartmann, krit. Viertelj.-Schr. XIII S. 541—543.

125. 126.) zu einem nicht geringen Theile — in Anwendung auf die Frauen — eben den Rechtssatz wieder aufgehoben hätte, in welchem doch der Ursprung der contra tabulas gelegen haben soll[24]). Dieser Einwurf wird durch den Hinweis auf die veränderten Zeitanschauungen[25]) doch wohl nicht völlig entkräftet. Außerdem steht jene Erwägung nicht allein. Die Accrescenzerben hatten doch immer ein Notherbenrecht, und wenn dieses bei den Frauen noch in der Zeit der Antonine gemindert wurde, so ist es nicht wohl glaublich, daß dasselbe aus sich selbst heraus etwa zur Zeit des Augustus zu seiner Erweiterung Veranlassung gegeben haben sollte. Dagegen fehlte es den Emancipirten und sonstigen cognatischen Descendenten an jedem formellen Notherbenrecht, und doch drängte die Richtung der Zeit dahin, sie mehr und mehr den gewaltunterworfenen Nachkommen an die Seite zu rücken[26]). Dies macht es in hohem Grade wahrscheinlich, daß es bei der bon. poss. contra tabulas vor Allem darauf ankam, jenen Gewaltfreien Hülfe zu gewähren. Leist weist zur Widerlegung dieser Annahme darauf hin, daß die Verbesserung der Rechtsstellung der Emancipirten, im Notherbenrecht wie sonst, sich in der Form ihrer Gleichstellung mit den sui vollzogen hat, — mittelst der Fiction, als sei das Ausscheiden aus der Gewalt nicht erfolgt. Nun habe man aber doch unmöglich diese Rechtsform im prätorischen Recht auf einen emancipirten Enkel anwenden können, wenn dem in der Gewalt verbliebenen suus selbst die rechtliche Stellung, welche der Prätor den Notherben zuwies, noch nicht zu Theil geworden war. Das würde von Gewicht sein, wenn es sich um einen speziell auf die entfernteren gewaltfreien Descendenten bezüglichen Rechtssatz handelte. Allein wie das Civilrecht den Sohn mit Nachdruck voranstellt, so wird auch der Prätor zunächst an den emancipirten Sohn gedacht haben. — Nur versteht es sich von selbst, da er seine Aenderung des Rechts (hier wie bei der gesetzlichen Erbfolge) nicht auf den Sohn beschränkte, daß er, wenn nicht zu gleicher Zeit, so doch bald danach die Accrescenzerben mit zur contra tabulas heranzog.

Kaum bemerkt zu werden braucht, daß es für die Beantwortung der hier erörterten Frage von besonderer Bedeutung ist, wie man sich

---

24) So Hingst S. 149. Schmidt S. 67 in Anm. 3.

25) So Leist III S. 108 f.

26) Vergl. darüber besonders die Ausführung bei Hingst S. 146—148.

das zeitliche Verhältniß zwischen der Entstehung der bon. poss. contra tabulas und der bon. poss. intestati denkt. Nimmt man an, daß Beide gleichzeitig begründet worden sind — und dafür spricht die gleichartige Zusammensetzung beider Classen —, so gewinnt damit unsre Ansicht, daß die contra tabulas b. p. um der gewaltfreien Descendenten willen begründet ist, eine entscheidende Unterstützung.

§ 17.

III. **Personen, welche an der prätorischen Notherbfolge Theil haben***).

Schon im Eingang des § 15 wurde hervorgehoben, daß das prätorische Notherbenrecht vom Erblasser Einsetzung oder Enterbung der *liberi* forderts[1]). Unter diesen sind die folgenden Classen begriffen.

1. Die *sui*[2]). Zu ihnen gehören auch hier die postumi und Diejenigen, welche postumorum loco sind[3]).

Neben den sui gelangen zur bon. poss. contra tabulas solche gewaltfreie Descendenten, welche, ohne in fremder Familie zu stehen, aus einem besonderen Grunde von der hausherrlichen Gewalt des Erblassers befreit sind, während sie ohne diesen Grund zu den sui gehören würden. Zu rechnen sind dahin vor Allem

2. die Emancipirten[4]). In ihnen findet die Rechtsentwicklung, welche zu einer ausgedehnten Zulassung gewaltfreier Descendenten geführt hat, ihren Mittelpunkt: vom prätorischen Recht wird ihnen — und Gleiches gilt von den sonstigen im Folgenden zu nennenden Notherben — die Eigenschaft von liberi des Erblassers zugeschrieben, die ihnen nach Civilrecht mangelt[5]). Die Anlehnung an das Civilrecht aber bezeugt die künstliche Form, deren sich der Prätor hier wie so oft bei der Aufstellung neuer Rechtsgrundsätze bedient:

---

*) Mühlenbruch 37 S. 52—72. Schmidt S. 71—79. Leist, Forts. III S. 124—129. Vergl. auch Schirmer, Handb. I S. 140—148.

[1]) § 3. 4 J. de exher. lib. 2 13. § 12 vergl. mit § 9 J. de her. quae ab int. 3. 1. Ulp. 28. 2. 3. l. 1 § 6 D. si tabulae 38. 6. vergl. mit l. 1 pr. D. de b. p. co. tab. 37. 4.

[2]) Ulp. tit. 28 § 3 vergl. mit § 8 eod. § 3. 4 J. cit. § 9. 12 J. cit. l. 1 § 6 cit. l. 1 pr. § 1. l. 13 § 3. l. 14 pr. D. h. t. Vergl. auch l. 1 § 2 D. quis ordo 38. 15.

[3]) l. 1 § 2—5 D. h. t. 37. 4.

[4]) Ulp. 28. 2. § 3 J. cit. § 9—12 J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 1 § 6 D. cit.

[5]) Gaj. III. 19. §§ 9. 11 J. de her. quae ab int. 3. 1.

es ist der Weg der Fiction, der Gewaltfreie wird rescissa capitis deminutione zugelassen[6]).

Dieser Behandlung entspricht es, daß überall kein formelles Notherbenrecht besteht gegenüber solchen Personen, welche keine sui haben können, — also nicht gegen Frauen, selbst nicht gegen die Mutter und Großmutter[7]), — ebensowenig gegen Descendenten, mit denen man durch Frauen verbunden ist, z. B. den mütterlichen Großvater[8]).

Dem unmittelbar durch den Gewalthaber emancipirten Kinde steht das andere gleich, welches von demselben in Adoption gegeben, in der Folge aber vom Adoptivvater vor dem Tode des leiblichen Vaters aus der Gewalt entlassen ist[9]).

Sowohl der Emancipirte wie das soeben genannte Kind, welches durch die Adoptivfamilie hindurch gegangen ist, sind ursprünglich der Gewalt des jetzigen Erblassers unterworfen gewesen; an sie aber reihen sich gewisse Notherben an, bei denen dieses Merkmal fehlt. Unter diesen stehen dem Emancipirten zunächst dessen nach seinem Ausscheiden aus der Gewalt erzeugte Kinder: sie werden Notherben des leiblichen Großvaters, sobald ihr inmitten stehender Vater (durch Tod, Eintritt in eine fremde Familie nach zuvoriger Emancipation des Kindes, oder wie sonst immer) weggefallen ist[10]). Ebenso ist das Kind eines Emancipirten, welches in der Gewalt des Großvaters zurückgeblieben ist, sowie umgekehrt der emancipirte Enkel, dessen Vater in der (groß-)väterlichen Gewalt verblieb, Notherbe des leiblichen Vaters[11]). —

---

[6]) l. 6 § 1 D. de bon. poss. 37. 1. l. 3 § 5 D. h. t. l. 9 pr. C. Th. de bon. proscr. 9. 42. Vergl. dazu Gaj. III. 26.

[7]) Gaj. III. 71. § 7 J. de exher. lib. 2. 13. l. 4 § 2 D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 13 D. de suis 38. 16.

[8]) Gaj. und § 7 J. citt. l. 4 § 1 in f. C. de lib. praet. 6. 28.

[9]) Gaj. II. 137 (= § 4 in f. J. de exher. lib. 2. 13:) = cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre (emancipati) fuissent. l. 6 § 4 D. h. t.

[10]) l. 3 pr. l. 6 pr. D. h. t. l. 14 § 1 in f. D. eod. Im Fall der letzten Stelle (von African) hat der emancipirte Sohn sein nach der Emancipation erzeugtes Kind gleichfalls aus der Gewalt entlassen, er selbst ist dann als Arrogirter in eine fremde Familie getreten. Hier hat der Enkel gegenüber dem Nachlaß des leiblichen Großvaters eine bon. poss. *decretalis*. — Ueber l. 3 § 5 cit. vergl. Schmidt S. 77 Anm. 39.

[11]) l. 6 § 2. l. 7. l. 21 D. h. t. l. 9 in f. D. de collat. bon. 37. 6. l. 5 § 1. l. 6 D. Unde lib. 38. 6. — Im ersten Fall des Textes wird die bon. possessio in l. 4 D. de conjung. 37. 8 (Modestin) als *decretalis* bezeichnet.

An den in Adoption gegebenen Sohn reihen sich dessen in der Adoptivfamilie erzeugte Kinder an, welche vom Adoptivgroßvater oder auch nach dessen Tode von ihrem Vater emancipirt sind: sie erhalten eine bon. poss. *decretalis* gegen den leiblichen Großvater, vor dessen Ableben sie selbständig geworden sind [12]).

3. Mit dem soeben erörterten Hauptfall der Emancipation stehen die andern auf gleicher Stufe, in welchen der Descendent auf sonstigem Wege gewaltfrei geworden ist. Ulpian spricht diesen Satz in l. 1 § 6 D. h. t. ganz allgemein aus [13]); nach den von ihm gebrauchten Ausdrücken läßt sich seine Aeußerung sehr wohl auf das schon unter 2. erwähnte Kind beziehen, welches zunächst in Adoption gegeben, dann im Wege der Emancipation wieder aus der fremden Familie herausgetreten war [14]). Ein weiteres Beispiel stellt Schirmer (S. 144 f.) nach l. 2 D. h. t. l. 9 C. de sent. pass. 9. 51 auf: der Erblasser hat eine capitis deminutio magna erlitten, später ist er zwar gegen diese, nicht aber gegen den Verlust der hausherrlichen Gewalt in den vorigen Stand eingesetzt. Man ist hiernach überall nicht veranlaßt, die bedenklichen Fälle der virgo Vestalis und des flamen Dialis hierher zu ziehen [15]). Von Beiden steht fest, daß sie ohne capitis deminutio, die Erste mit der captio, der flamen mit der inauguratio aus der väterlichen Gewalt ausschieden [16]). Ferner läßt Gellius (I. 12 § 18) den Labeo sagen: Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato neque intestatae quisquam, sed bona ejus in publicum redigi ajunt. Danach erscheint auch die Fähigkeit der Vestalin zur bon. poss. intestati und folgeweise ihr Antheil am Notherbenrecht mehr als zweifelhaft. Und ferner muß man es Angesichts der Gleichheit der Rechtsgrundsätze über das Ausscheiden aus der väterlichen Gewalt immerhin möglich finden, daß der flamen Dialis auch in Ansehung der Erbberechtigung nicht anders stand, als die Vestalin [17]).

---

[12]) l. 6 § 4. l. 14 § 1 D. h. t. 37. 4.

[13]) l. 1 § 6 cit.: — sive igitur emancipati sunt, *sive alias exierunt de patris potestate,* admittuntur ad bonorum possessionem —.

[14]) So Schmidt S. 76, der auch den unter gleichen Grundsätzen stehenden Fall erwähnt, wo eine Haustochter in die Manus des Ehemanns trat, später aber wieder aus dieser ausschied.

[15]) So noch Francke S. 123 f. Anm. 7. Mühlenbruch S. 70 f.

[16]) Gaj. I. 130. III. 114. Gell. I. 12 § 9.

[17]) Vergl. Schmidt S. 76. Schirmer S. 144 Anm. 57.

4. Weiter konnte das Suitätsverhältniß in Folge davon fehlen, daß der Vater zur Zeit der Erzeugung nicht römischer Bürger gewesen war, später aber zugleich mit dem Kinde die Civität, nicht aber die väterliche Gewalt über dasselbe ertheilt erhalten hatte. Die Erbberechtigung des Kindes bestand hier dennoch [18]).

5. Eine Meinungsverschiedenheit begegnet in den Quellen bei dem Falle, wo der jetzt zu Beerbende in eine fremde Familie getreten war, — genauer so: ein gewaltfreier Mann hatte sich nach der Emancipation seines Kindes von einem Dritten arrogiren lassen und war dann zwar noch als Mitglied der neuen Familie, aber nachdem er durch den Tod des Adoptivvaters selbständig geworden war, gestorben. Die von Justinian gebilligte Ansicht gesteht gegenüber einem solchen in der fremden Familie verstorbenen [19]) Vater dem Kinde die bon. poss. contra tabulas zu [20]).

Derselbe Satz — wieder in Ansehung des väterlichen Nachlasses — wird gelten müssen, wenn das Kind in der Gewalt des Großvaters verblieben, sein Vater aber durch den Großvater einem Dritten in Adoption gegeben war: es ist nicht einzusehen, warum das im Hause des leiblichen Großvaters verbliebene Kind weniger Rechte haben sollte, als jenes vom Emancipirten (und später Arrogirten) aus der Gewalt entlassene Kind [21]).

6. Bisher war durchweg von Personen zu reden, welchen der Prätor den Zutritt zur Notherbfolge gewährte, obgleich ihnen die Eigenschaft von sui abging. Eine abweichende Behandlung tritt in zwei Fällen ein:

Zunächst bei dem Adoptirten, der vom Adoptivvater wieder aus der Gewalt entlassen ist. Mit dieser Emancipation ist das Kind völlig aus dem Kreise der liberi ausgeschieden, es steht dem bisherigen Adoptivvater als extraneus gegenüber: darum hat es keine Erbberechtigung [22]).

Auch das vom Vater in Adoption gegebene Kind, sowie das durch Emancipation oder wie sonst gewaltfrei gewordene Kind, welches sich

---

[18]) Collat. XVI. 7 § 2. Gaj. I. 93. 94. III. 20. Plin. ep. X. 6—8. 11.

[19]) Vergl. Gaj. l. 9 D. h. t. Utrum autem pater adoptivus vivit an defunctus est, nihil interest: nam *hoc solum quaeritur, an in adoptiva familia sit.*

[20]) Afric. l. 14 § 1 D. eod. (hier bon. poss. decretalis). l. 17 D. eod.

[21]) Vergl. l. 3 § 9 D. h. t. Schmidt S. 78 f.

[22]) Gaj. II. 136. § 4 J. de exher. lib. 2. 13. § 11. 12 J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 1 § 6. D. Unde liberi 38. 6.

hat arrogiren lassen, ist von der Notherbfolge ausgeschlossen[23]). Daß dies sich mit dem Ausscheiden aus der neuen Familie ändert, ist schon unter 2. bemerkt. Dagegen ist eine wirkliche Ausnahme von jenem Satze hervorzuheben. Wird ein Kind vom Großvater, in dessen Gewalt es bei der Emancipation seines leiblichen Vaters geblieben war, dem Letzteren in Adoption gegeben, oder gibt umgekehrt der Emancipirte seinem Vater ein Kind in Adoption, das er nach der Emancipation gezeugt hat, so tritt der in Adoption Gegebene nach römischer Anschauung nicht aus der Familie dort des Großvaters, hier des Vaters; er hat deshalb gegen ihn Notherbenberechtigung[24]). Gleiches hat zu gelten, wenn ein gewaltfreier Descendent von einem seiner mehreren Ascendenten arrogirt wird.

IV. Voraussetzungen der prätorischen Notherbfolge.

§ 18.

A. Geeignete Intestaterbberechtigung in concreto.

Die prätorische Notherbfolge wird in's Leben gerufen durch Präterition eines zur Zeit der Delation der testamentarischen Erbfolge zu den liberi, demnach zu den nächsten gesetzlichen Erben des Erblassers gehörigen Descendenten; die Uebergehung muß erfolgt sein in einem zur Begründung der Succession, mindestens nach prätorischem Recht, geeigneten Testamente. Als Erfordernisse sind nach einander zu besprechen: die im einzelnen Fall zutreffende gesetzliche Erbberechtigung des Notherben in der Classe Unde liberi, — die Präterition und Behufs näherer Bestimmung dieses Begriffs die nach prätorischem Recht bestehenden Anforderungen hinsichtlich der Einsetzung und Enterbung, — die Uebergehung in einem mindestens nach prätorischem Recht zur Begründung der Erbfolge geeigneten Testament, — endlich die Delation der testamentarischen Erbfolge, damit auch der bonor. poss. contra tabulas. Mit der Delation verbinde ich, was über den Erwerb der bon. possessio zu sagen ist.

---

[23]) Gaj. II. 137. Ulp. 28. 8. § 4 J. cit. §§ 10. 12. J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 6 § 4 D. de b. p. co. tab. 37. 4. — Davon, daß ein solches Kind auf Grund seiner Einsetzung im Testament des leiblichen Vaters zur bon. poss. contra tabulas commisso per alium edicto gelangt, ist im § 21 unter II zu handeln.

[24]) l. 3 § 7. l. 21 § 1 D. h. t. — In ihrer Bedeutung für das Pflichttheilsrecht kommen diese Fälle in § 33 zur Sprache.

Schon hier ist zu erinnern, daß die prätorische Notherbfolge nicht den übergangenen liberi allein angetragen wird. Aus Gründen, die im § 21 zu erörtern sind, wird die b. p. contra tabulas bei vorliegender Verletzung eines Notherben auch den eingesetzten liberi deferirt. Auch bei diesen muß daher das im gegenwärtigen Paragraphen zu betrachtende Erforderniß gesetzlicher Erbberechtigung vorliegen. Eine Ausnahme bilden die in einer fremden Familie stehenden Descendenten des Erblassers, welche im Testament eingesetzt sind. Davon im § 21 unter III.

Jenes Erforderniß bestimmt sich so. Der einzelne Descendent darf nicht vom Erblasser bei dessen Tode durch einen in der Mitte stehenden Erzeuger getrennt, er muß grade so, wie es vom Civilrecht gefordert wird, der Nächste in seinem Stamm sein[1]). Der Grad der Verwandtschaft ist dagegen ohne Bedeutung[2]). Aenderungen des der Cognation entsprechenden Rangverhältnisses unter den Descendenten erzeugt die Adoption. So geht ein Enkel, der vom Erblasser als Sohn an Stelle des Vaters eines andern Enkels adoptirt wird, dem Letzteren vor[3]). Wird ferner ein emancipirter Enkel von einem lebenden emancipirten Sohn adoptirt, so erhält derselbe vollen Kindestheil neben seinem emancipirten Vater[4]).

Eine positive Regel hat das Edict für einen Fall aufgestellt, in welchem ein suus mit einem gewaltfreien Notherben collidirte. War vom Erblasser ein Sohn emancipirt, oder war doch dieser z. B. durch Hingabe in Adoption von der väterlichen Gewalt befreit, während ein von ihm abstammender Enkel oder — immer bei unmittelbarer Gewalt — ein noch entfernter stehender Descendent in der Gewalt des Erblassers geblieben war, so schien nach prätorischem Recht der Sohn alleiniger Intestaterbe sein zu müssen (der in Adoption gegebene wenigstens im Fall seiner Einsetzung seinem genannten Descendenten bei der Notherbfolge vorgehen zu müssen). Umgekehrt kam nach Civilrecht diese rechtliche Stellung nur dem Enkel zu. Sollte

---

1) So Ulp. l. 1 § 1 D. h. t. Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo jure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex jure civili. Mit Recht nimmt Leist an (III S. 109), daß das Edict über die b. p. contra tabulas eine Bestimmung dieses Inhalts enthielt. Vergl. l. 8 § 14 l. 11 § 1 D. h. t. l. 25 D. de legat. praest. 37. 5.

2) Hierüber noch l. 3 § 1 in f. l. 13 § 1 D. h. t.

3) l. 3 § 1 D. h. t.

4) Vergl. l. 13 § 3 D. h. t.

hier der Eine den Andern ausschließen? Oder sollten Beide neben einander succediren, dabei etwa der Enkel im Fall der Uebergehung allen Miterben accresciren, der übergangene Emancipirte alle Miterben beschränken? Hier bestimmte eine erst von Julian unmittelbar vor der Fixirung des Edicts aufgestellte Edictsclausel (nova clausula Juliani), der Emancipirte solle mit seinem in der Gewalt des Erblassers verbliebenen Descendenten denjenigen Erbtheil erhalten, der ihm nach gesetzlicher Erbfolge gebührt hätte, wenn er nicht aus der Gewalt geschieden wäre [5]). Bedingung der Verbindung ist, daß der Enkel nicht enterbt ist. Entsprechend dieser Verbindung Beider conferirt der emancipirte Sohn nur seinem Descendenten [6]), auch findet Anwachsung zunächst nur unter den Verbundenen statt [7]). Von dem Erbtheile, welcher dem Emancipirten und seinen berechtigten Descendenten zufällt, erhält der Erstere die eine Hälfte, die andere Hälfte kommt an den oder die (mehreren) Descendenten [8]). Die herrschende Ansicht nimmt an, daß bis auf die erwähnte Neuerung Julian's der in der Gewalt gebliebene — eingesetzte oder übergangene — Enkel durch seinen Vater ausgeschlossen wurde, demnach das civile jus adcrescendi des Enkels unwirksam blieb [9]). Diese Annahme findet keine genügende Stütze an den Quellen [10]), und an sich ist die behauptete Zurück-

---

[5]) l. pr. § 1. 2. l 3 D. de conjung. 37. 8. l. 5 pr. D. Unde liberi 38. 6. l. 13 § 2 D. h. t. 37. 4. — Näheres bei Förster S. 259—272. Vangerow II § 472 Anm. unter III. Leist, Forts. III S. 131—137.

[6]) l. 1 pr. § 14—17 cit. l. 5 pr. D. cit. l. 3 § 6. D. de collat. bon. 37. 6.

[7]) l. 1 § 12 D. de conjung. 37. 8 l. 12 pr. D. de b. p. co. tab. 37. 4.

[8]) l. 1 pr. § 3. 11. l. 7 D. de conjung. 37. 8.

[9]) Vergl. z. B. Leist bon. poss. II. 1 S. 154—156. Schmidt S. 80. Entgegengesetzter Ansicht ist Förster S. 268—270.

[10]) Für die gemeine Meinung könnte höchstens angeführt werden a. *l. 1 § 6 D. de conjung. 37. 8:* — totiens enim nepoti *consulendum* est, quotiens in potestate retentus est patre emancipato. — Aber das „consulendum est" findet eine ausreichende Erklärung in der Annahme, daß es bis auf Julian streitig war, wie die Interessen des Sohnes und des Enkels zu vereinigen seien. b. l. 3 D. eod., sofern dort bemerkt wird, daß dem Enkel die bon. poss. neben seinem Vater zukomme propter id caput edicti, quod a Juliano introductum est cet. Indessen schließt das nicht aus, daß bis dahin der eingesetzte Enkel auf Grund des Testaments antreten, der übergangene Enkel seinen civilen notherbrechtlichen Anspruch verfolgen konnte. — Gegen jene Meinung sprechen: a. der Umstand, daß die Clausel Julian's deutlich den Fall ausnimmt, wo der Enkel enterbt war (l. 1 pr. D. eod.). Sollte die Enterbung des doch blos durch Accrescenzrecht geschützten Enkels beim Vorhandensein seines emancipirten Vaters bis auf Julian in Uebung

setzung eines suus wenig glaublich. Die Aufstellung der neuen Clausel durch Julian kann sehr wohl, wie schon oben angedeutet wurde, durch Zweifel darüber veranlaßt sein, ob das Accrescenzrecht des Enkels in dem hier vorliegenden Falle nur den Emancipirten, oder ob es alle Erben zu beschränken habe, — sowie umgekehrt ob der Erbtheil des Emancipirten auf Kosten aller Miterben oder nur des von ihm abstammenden suus auszuweisen sei.

§ 19.

B. Präterition.

Zur Beantwortung der Frage, wann Uebergehung eines Notherben vorliegt, sind die Anforderungen des prätorischen Rechts in Ansehung der Erbeseinsetzung und Enterbung zu besprechen.

I. Erbeseinsetzung[1]).

Der Prätor hat im Allgemeinen die civilrechtlichen Erfordernisse in Ansehung der Einsetzung und Enterbung festgehalten. Demgemäß wird auch hier Ernennung zum Erben[2]) und persönliche Ernennung des Notherben[3]) gefordert.

Eine abweichende Ausbildung hat das Recht der bon. poss. con-

---

geblieben sein, wenn es feststand, daß der Emancipirte den Enkel ausschloß? b. Die *l. 1 § 14 D. eod.* Nach der Stelle erscheint der emancipirte Sohn, der neben einem zweiten Emancipirten und einem von diesem abstammenden hausunterthänigen Enkel zur bon. possessio gelangt, dem Enkel collationspflichtig. Wenn die herrschende Meinung Recht hat, so wäre diese Collationspflicht erst in Folge der *nova clausula Juliani* in's Leben getreten: denn der bis dahin allein zur Erbfolge gelangende emancipirte Vater dieses suus konnte Collation nicht fordern. Würde wohl Ulpian eine solche neu entstandene Collationspflicht, so wie es in der Stelle geschieht, als etwas Selbstverständliches behandelt haben? c. Schon Förster hat darauf aufmerksam gemacht, daß der Anspruch des Enkels auf die contra tab. b. p. eben so sehr von der bon. possessio des Sohnes unabhängig ist, wie diese von jenem. Vergl. l. 1 § 3—5. l. 3 D. de conjung. 37. 8. l. 5 D. eod.

[1]) Francke S. 130. 131. Mühlenbruch 37 S. 74—81. Schmidt S. 81—85. Leist, Forts. III S. 142—148 verbunden mit II S. 118—126.

[2]) Daß die Zuwendung eines Erbschaftsvermächtnisses auch der prätorischen Formvorschrift nicht genügt, zeigt l. 27 § 12 D. ad SC. Trebell. 36. 1. Anders ist es selbstverständlich, wenn neben einem ausgesetzten Vermächtniß eine Enterbung steht: hier kommt für das formelle Notherbenrecht nur die Letztere in Betracht. Ein Beispiel bietet die Enterbung in wohlmeinender Absicht mit Vermächtnißzuwendung. l. 16 § 2 D. de curat. fur. 27. 10. l. 12 § 2 D. de bon. libert. 38. 2. Davon im Pflichttheilsrecht (§ 43). — Ueber die l. 16 D. h. t. vergl. einstweilen Schmidt S. 82 f. Anm. 54.

[3]) l. 3 § 15 D. h. t. 37. 4.

tra tabulas bei der **bedingten** Erbeseinsetzung erhalten. Der Prätor läßt jede, auch die casuelle Bedingung der Einsetzung, sofern sie nicht etwa schon beim Tode des Erblassers ausgefallen, damit die Einsetzung selbst beseitigt ist[4]), vor der Hand die Notherbfolge ausschließen: der Eingesetzte erhält nicht die contra tabulas, sondern die secundum tabulas bon. possessio[5]). Demgemäß bedarf es insoweit auch bei der nicht vom Willen des Eingesetzten abhängigen Bedingung der Enterbung für den entgegengesetzten Fall nicht. Fällt in der Folge die Bedingung aus, so ist nun an sich die bonor. poss. contra tabulas begründet; indessen wird eine neue bon. possessio nicht ertheilt, vielmehr die ertheilte secundum tabulas so behandelt, als wäre die contra tabulas verliehen[6]). Von diesem Fall handelt auch Ulp. l. 5 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11, eine Stelle, welche wegen einer kritischen Schwierigkeit in neuerer Zeit viel besprochen ist:

> Si sub condicione heres quis institutus sit et accepta bonorum possessione secundum tabulas condicio defecerit, interdum evenit, ut res possessori concedenda sit, ut puta si filius sit emancipatus sub condicione heres institutus: *nam si defecerit condicio, attamen secundum tabulas bonorum possessionem eum accipere* Julianus scribit. sed et si is fuerit, qui ab intestato bonorum possessor futurus esset, tuendum esse scripsit, et hoc jure utimur.

Der mit „nam si" eingeleitete Satz ist augenscheinlich corrumpirt, da an eine Ertheilung b. p. secundum tabulas nach ausgefallener Bedingung nicht zu denken ist. Ich kann nicht umhin, die nicht geringe

---

4) Vergl. l. 3 § 12 in f. D. h. t.

5) l. 3 § 12—14. l. 18 D. h. t. l. 2 § 1. l. 5 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11. — In l. 23 § 1 D. de her. inst. 28. 5 ist überall nicht davon die Rede, daß bei der Einsetzung unter potestativer Bedingung die Ertheilung der bon. possessio von der Erfüllung der Bedingung abhängig gemacht würde. Die Stelle handelt von der Verzögerung des Erbschaftserwerbs: hier soll wegen der Natur der Bedingung, wenn der Berufene die Erfüllung verweigert, und mit Rücksicht darauf die bonor. possessio nachzusuchen unterläßt, eine Frist zur Erfüllung, damit zum Erbschaftserwerb bestimmt werden, grade als wäre die Einsetzung eine unbedingte. Vergl. **Arndts** II S. 89 Anm. 144. **Windscheid** III § 554 Anm. 8. **Schmidt** S. 84 Anm. 57. Ungenau **Mühlenbruch** Forts. 41 S. 191 f.: er sieht in der Stelle einen Fall, in welchem die bon. possessio **nicht gegeben** oder doch unwirksam würde.

6) l. 3 § 13 D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 2 § 1 D. de b. p. sec. tab. 37. 11.

Zahl der Emendationsversuche um einen neuen zu vermehren[7]). Soviel scheint unbestreitbar, Ulpian will seine an die Spitze gestellte Aeußerung durch ein Beispiel erläutern. Dort aber hat er bemerkt, dem unter aufschiebender Bedingung Gerufenen, der während schwebender Bedingung die bon. poss. secundum tabulas erbeten habe, sei unter Umständen auch nach ausgefallener Bedingung das Vermögen zu belassen. Zum Beweise wird an erster Stelle auf den unter einer solchen Bedingung eingesetzten emancipirten Sohn verwiesen; von ihm aber wollen wohl die oben bei der Wiedergabe des Fragments durch den Druck ausgezeichneten Worte nichts Anderes sagen, als was die beiden Stellen der Anm. 6 enthalten: fällt die Bedingung aus, so wird die nachgesuchte b. p. secundum tabulas so behandelt, als wäre die contra tabulas erbeten. Hält man an dieser Gedankenverbindung fest, so bietet sich die folgende leichte Textesänderung:

— attamen secundum tabulas bonorum possessionem *ei sufficere* —.

Der Schluß der l. 5 pr. cit. geht zum gesetzlichen Erben über. Daß diesem auf Grund der secundum tabulas die Erbschaft belassen werden soll, da er doch jedenfalls die bon. poss. intestati erhalten müßte, entspricht vollkommen dem Zusammenhang wie dem ersten Beispiel der Stelle. Eine andere Auffassung, die wir uns nicht zu

[7]) Eine Uebersicht und Beurtheilung dieser Vorschläge (von Förster, Francke, Ad. Schmidt und Th. Mommsen) findet sich bei Leist, Forts. II S. 122—124. Unter ihnen empfiehlt sich am meisten die von Schmidt vorgeschlagene Umwandlung des „accipere“ in „retinere“: sie gibt demselben Gedanken Ausdruck, den ich im Text als den richtigen bezeichne und meinem Vorschlage zu Grunde lege. — Verwerflich ist meines Erachtens die Auslegung, zu welcher am Schluß seiner Erörterung (S. 125) Leist gelangt. Nach ihm soll das in der Stelle beigebrachte Beispiel des emancipirten Sohnes folgenden Gedanken enthalten. Bisweilen ist das Vermögen dem bon. possessor zu belassen, z. B. wenn ein emancipirter Sohn unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt und diese noch nicht ausgefallen ist, so hat er nach Julian trotz seines eventuellen Notherbenrechts zunächst doch secundum tabulas zu empfangen. Um diesen Sinn herzustellen, will Leist das „nam si“ in „necdum“ verwandeln. Allein damit wäre der Zusammenhang des mit „ut puta“ eingeleiteten Gedankens mit dem voraufgehenden allgemeinen Ausspruch völlig zerrissen. Denn Letzterer verlangt als Anwendung einen Fall, bei welchem die rechtliche Stellung des bedingt zur Erbschaft Berufenen nach ausgefallener Bedingung in Frage kommt. Auch ist die im Text der Florentina gegebene Anknüpfung mit „nam si“ eine so natürliche, sie paßt so vollkommen zu dem folgenden Uebergange auf das zweite Beispiel („sed et si“ cet.), daß die Textesänderung auf diesem Punkte gewiß nicht einsetzen darf.

eigen machen können, vertritt Leist (III. S. 147 f.). Nach ihm soll man bei dem „is — qui ab intestato bonorum possessor futurus esset“ an den Haussohn und den postumus suus zu denken haben. So hätte sich Ulpian gewiß nicht ausgedrückt. Denn vorher wird der Emancipirte schlechthin als „filius emancipatus“ bezeichnet, und im § 1 der Stelle heißt derselbe schlechthin „filius“ im Gegensatz zu den ceteri d. i. den sonstigen gesetzlichen Erben[8]).

Wie aber wird nach prätorischem Recht die Einsetzung unter einer unmöglichen oder unerlaubten Bedingung behandelt? Soviel ich sehe, lehrt man heutzutage allgemein, es habe hier nicht der bei der civilen Notherbfolge maßgebende Ausspruch Papinians Platz zu greifen, wonach die unmögliche Bedingung die Einsetzung und damit das Testament vernichtet: l. 15 D. de condic. instit. 28. 7, vergl. oben S. 75; vielmehr sei die allgemeine Regel des Erbrechts zur Anwendung zu bringen, wonach die unmögliche Bedingung als nicht beigefügt gilt[9]). Die meisten Schriftsteller begnügen sich mit dem Hinweise auf die Argumentation der l. 15 cit., welche die unerlaubte Bedingung mit dem Satze unverträglich findet, daß der (von Papinian allein erwähnte) Haussohn nur unter potestativer Bedingung gültig eingesetzt werden kann. Allein damit wird nichts begründet. Die unerlaubte oder unmögliche Bedingung entspricht nicht den Anforderungen des civilen Notherbenrechts, weil dieses nur eine vom Willen des Eingesetzten abhängige Bedingung erträgt: darum vernichtet sie die Erbeseinsetzung. Auch das prätorische Notherbenrecht aber läßt eine casuelle Bedingung nicht genügen; nur gewährt es die bon. poss. contra tabulas nicht sofort, sondern erst dann (im Gewande der von vorn herein zu erbittenden secundum tabulas),

---

[8]) Wie geläufig den Römern der Gedanke war, dem Eingesetzten mit Rücksicht auf seine einfache gesetzliche Erbberechtigung eine wirksame b. p. secundum tabulas zu gewähren, zeigt die bekannte l. 12 pr. D. de injusto 28. 3 von Gajus, die ich im Auszug hieher setze: Postumus praeteritus vivo testatore (natus del. Momms.) decessit: licet juris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest remque optinebit —. idem et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum, *si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.* Vergl. auch l. 2 D. eod.

[9]) So Förster S. 283 f. Francke S. 131. Mühlenbruch 37 S. 79. Vangerow § 469 II B. S. 231. 232. Schmidt S. 83.

wenn die Bedingung ausgefallen ist. Nun ist die unerlaubte oder unmögliche Bedingung nicht einmal eine casuelle; vielmehr steht ihr nur die schon zur Zeit der Errichtung des Testaments deficirte Bedingung gleich[10]). Folglich muß hier von Anfang an in Consequenz des civilen Rechtsatzes die contra tabulas bon. possessio deferirt werden.

Eine ernstliche Begründung der bezeichneten herrschenden Ansicht hat nur Ad. Schmidt unternommen: er hebt hervor, die l. 2 § 1 D. de b. p. sec. tab. 37. 11 spreche dem (bedingt) Eingesetzten allgemein die secundum tab. b. p. zu, „qualisqualis condicio sit"; die l. 18 D. de b. p. co. tab. 37. 4 spreche ihm eben so allgemein die bon. poss. contra tabulas ab. Ueberzeugend wird man aber auch diese Ausführung nicht finden können. Die l. 2 § 1 cit. redet vom eingesetzten Sohn: wenn sie diesem trotz jedweder Bedingung (qualisqualis) vor der Hand nur die bon. poss. secundum tabulas gewährt, so ist dabei als Gegensatz die potestative Bedingung in's Auge gefaßt, die nach Civilrecht allein zugelassen wird[11]). Wenn die l. 18 cit. von dem unter einer Bedingung eingesetzten Notherben bemerkt, er werde von der bon. poss. contra tabulas ausgeschlossen, so findet man darin ohne Streit den Satz, daß bei schwebender Bedingung lediglich eine secundum tabulas b. p., nur bei Ausfall der Bedingung eine contra tabulas möglich ist. Eben dieser Satz führt bei der unmöglichen Bedingung, wie wir vorhin zeigten, zur sofortigen Zulassung der contra tabulas bon. possessio.

II. Enterbung[12]).

Die Regeln des prätorischen Rechts über die Enterbung sind sehr einfach. Im Ganzen gelten die Grundsätze des Civilrechts[13]); doch

---

[10]) l. 6 § 1 D. de cond. et dem. 35. 1 Savigny, Syst. III S. 163.

[11]) Davon überzeugt man sich, sobald man den Gedanken der l. 2 § 1 cit. vollständig in's Auge faßt: Si sub condicione heres institutus filius sit, Julianus peraeque putavit secundum tabulas competere ei quasi scripto bonorum possessionem, qualisqualis condicio sit, *etiam si haec* „si navis ex Asia venerit" —.

[12]) Francke S. 131 f. Mühlenbruch S. 82—88. Schmidt S. 85 f.

[13]) Allgemeine Anerkennung, daß die Enterbung den rücksichtlich der Form bestehenden Grundsätzen entsprechen müsse: l. 8 § 2 D. h. t. 37. 4. Demgemäß ungültig die bedingte und die nicht auf alle Erbtheile ausgedehnte Enterbung: l. 18 pr. l. 8 § 3 D. eod. — Erforderlich Enterbung von dem Grade, welcher für die Delation der Erbschaft aus dem Testament und damit der bon. poss. contra tabulas in Frage kommt, l. 8 § 1. 5 D. eod. Schmidt S. 86.

dehnt der Prätor die nach Civilrecht nur für den Sohn geltende Vorschrift namentlicher Enterbung auf alle männlichen Descendenten aus[14]). Bei weiblichen Descendenten läßt auch das prätorische Recht Enterbung inter ceteros genügen; endlich ist auch an den Grundsätzen in Ansehung der postumi sui nichts geändert[15]).

§ 20.

C. Verletzung durch ein mindestens nach prätorischem Recht gültiges Testament*).

Damit es zur bon. poss. contra tabulas kommen könne, muß mindestens ein prätorischer Erbe übergangen sein. Vorausgesetzt ist das Vorhandensein eines Testaments, aus welchem die Erbschaft gültig nach Civilrecht angetreten oder doch die bon. poss. secundum tabulas erbeten werden kann. So Tryphonin l. 19. D. h. t.:

Quod vulgo dicitur liberis datam bonorum possessionem contra lignum esse sic intellegendum est, *ut sufficiat extitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti potuit,* quamvis neutrum eorum postea secutum sit vel (modo? Momms.) sequi potuit[1]) —.

Eine consequente Anwendung dieses Satzes enthält Gaj. l. 12 § 1 D. h. t. bei folgendem Rechtsfalle. In einem früheren, nach Civilrecht gültigen Testament hat der Erblasser einen suus enterbt; in einem zweiten nur prätorisch gültigen Testament ist der suus über-

---

[14]) Das ist bei Ulp. 22. 23. Gaj. II. 135 nur für die Emancipirten ausgesprochen; aber nach Gaj. II. 129. § 3 J. de exher. lib. 2. 13. l. 4 C. de lib. praeter. 6. 28. wird man den Satz auch auf die den sui angebotene b. p. contra tabulas zu beziehen haben. (Daß Gaj. II. 129 keine Bestimmung des prätorischen Rechts bezüglich des Sohnes enthielt, führt Leist III S. 139 f. aus, auf Grund von Studemund's Vergleichung der Handschrift.)

[15]) Gaj. II. 123. Ulp. 22. 23. § 3 J. cit.

*) Francke S. 132—135. Mühlenbruch 37. S. 6—8. Schmidt S. 86—88. Leist II S. 16 f. S. 119 f.

[1]) Läßt man das „vel sequi potuit" unverändert, so muß man die Worte mit Schmidt S. 89 Anm. 71 im Gegensatz zum Nichterwerb in Folge Ausschlagens („quamvis neutrum eorum — secutum sit") auf sonstige Verhinderung des Erwerbs beziehen. Indessen würde die Fassung der Stelle bei der leichten von Th. Mommsen angeregten Veränderung eine weit weniger gezwungene sein. Gegen diese erklärt sich Leist, Forts. II S. 55 Anm. 76, weil die contra tabulas b. p. die Möglichkeit des Erwerbs der Testamentserben nur für die Zeit des Todes des Erblassers fordere. Aber etwas Anderes würde auch nach der vorgeschlagenen Aenderung nicht in der Stelle liegen.

gangen: hier soll gegen das zweite Testament mit Erfolg die bon. poss. contra tabulas nachgesucht werden können, wenn die eingesetzten Erben bei Nichtvorhandensein des suus die Erbschaft (als nächste Intestaterben) auf Grund der b. p. secundum tabulas behaupten könnten. Gajus knüpft daran die allgemeine Regel:

et ita jus habet, ut, cum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit optinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem, si vero ille non possit optinere hereditatem, filius quoque excludatur [2]).

Die Bedeutung des hier ausgesprochenen Grundsatzes ist eine zweifache. Zunächst erklärt der Prätor die von ihm begründete besondere Notherbfolge davon abhängig, daß ein Testament vorliegt, dem wenigstens das prätorische Recht Geltung zuschreibt. Ist es doch ein wesentliches Merkmal dieser Notherbfolge, daß sie dem letzten Willen mit möglichster Schonung gegenübertritt, ihm in mannigfachen Beziehungen die Wirksamkeit beläßt. Fehlt es daher an einem Testament der beschriebenen Art, so läßt auch das prätorische Recht von vorn herein die (reine) Intestaterbfolge deferirt werden. Sodann zeigt aber auch die l. 12 § 1 cit., daß auf den Notherben die besonderen Vortheile übertragen werden, welche die bon. poss. secundum tabulas aus einem solchen Testament gewährt. Weil Letzteres trotz der bon. poss. contra tabulas in Geltung bleibt, wird ihm die aufhebende Kraft gegenüber dem früheren civilen Testament belassen und dadurch der in diesem ausgesprochenen Enterbung des im zweiten Testament übergangenen Sohnes die Bedeutung entzogen.

Wie im Eingang dieses Paragraphen erwähnt wurde, ist erforderlich, daß der Erbschaftserwerb auf Grund des Testaments möglich sei. Darin liegt, daß der Erblasser und mindestens ein Erbe die testamentifactio haben, auch mindestens ein Erbe den Erblasser überleben muß [3]).

---

[2]) Zu der Stelle Mühlenbruch 38 S. 448—464. Fabricius S. 131—135. Leist, bon. poss. II. 1. S. 284 ff. Vangerow II § 238 unter II. — Zu vergleichen sind noch l. 8 § 5 D. de bon. poss. co. tab. 37. 4. l. 10 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. l. 7 § 6 D. de Carbon. edict. 37. 10.

[3]) l. 1 § 9. l. 2. l. 8 § 5. l. 19 D. h. t. 37. 4. — Darüber, daß seit alter Zeit die bonor. possessio auch gegenüber einem mündlichen Testament ertheilt wurde, vergl. Schmidt S. 88 — gegen Hingst S. 130.

§ 21.

D. Delation und Erwerb der prätorischen Notherbfolge. — Bonorum possessio commisso per alium edicto.

I. Die Delation der prätorischen Notherbfolge [1]) findet im Augenblick des Todes des Erblassers statt [2]); demnach fällt sie auf den Zeitpunkt, in welchem auf Grund des Testaments deferirt wird, und sie ist nicht davon abhängig, daß die Erbschaft aus dem Testament erworben wird. Die Quellen bezeichnen dies so: die bonorum poss. contra tabulas geht contra testamentum, contra lignum [3]).

Jenes Anfallen mit dem Tode des Erblassers erscheint sehr einleuchtend, soweit die bon. poss. contra tabulas eine Nachfolge aus dem Testament in sich aufnimmt. Allein die solchen eingesetzten Erben angebotene bon. poss. commisso per alium edicto ist erst Folge davon, daß für bestimmte übergangene Notherben die bon. poss. contra tabulas begründet ist, und für diese jedenfalls begrifflich voraufgehende Anwendung des Instituts muß eine Erklärung der rücksichtlich der Delation bestehenden Ordnung gesucht, diese darf nicht für etwas Selbstverständliches angesehen werden. Ist doch das Testament gültig und es bleibt gültig, wenngleich die bon. poss. contra tabulas gegen dasselbe nachgesucht wird [4]): bei zwei Instituten des Pflichttheilsrechts aber, die ähnlich dem unsrigen einen Angriff gegen ein gültiges Testament wegen der Verletzung notherbrechtlicher Vorschriften enthalten, finden wir einen andern Zeitpunkt betont. Bei der querella inofficiosi testamenti gilt die Regel, daß sie erst mit dem Erbschaftsantritt des Eingesetzten in's Leben tritt [5]); ebenso wird die contra tabulas bon. poss. des Patrons erst mit diesem Zeitpunkt deferirt [6]). Bei der abweichenden Behandlung der bon. poss.

---

1) Vergl. Schmidt S. 88 f.

2) Deshalb sind die zu jener Zeit in fremden Familien Stehenden ausgeschlossen: l. 6 § 4 D. h. t. § 12 vergl. mit § 10 J. de her. quae ab int. 3. 1.

3) l. 4 pr. l. 19 D. h. t. (Vergl. den im Eingang des § 20 abgedruckten ersten Theil der Stelle.)

4) Vergl. §§ 15. 20.

5) l. 8 § 10 D. de inoff. 5. 2. Vergl. l. 34 in f. l. 36 § 2 C. eod. 3. 28.

6) l. 3 § 5. 12 D. de bon. libert. 38. 2. — Schmidt, Pflichtth.-Recht S. 87 will die bei unsrer bon. poss. contra tabulas vorliegende Erscheinung, die er im Zusammenhang mit den abweichenden Grundsätzen bei der bon. poss. contra tab. des Patrons und bei der Querel in's Auge faßt, aus der Natur des formellen Notherbenrechts erklären: er meint, wer formelles Notherbenrecht habe,

contra tabulas der liberi mag das Vorbild des civilen Notherbrechts mit eingewirkt haben; vorwiegend aber ist sie, wie ich glaube, durch entschiedene Rücksichten der Zweckmäßigkeit veranlaßt worden. Der Prätor mußte die vorliegende bon. poss. contra tabulas sofort mit dem Tode des Erblassers anbieten, weil dieselbe den prätorischen wie civilen Notherben, und weil sie auch den eingesetzten Notherben deferirt wird. Den civilen Notherben hätte eine Theilnahme an der prätorischen Notherbfolge, statt der Verfolgung ihrer sofort beim Tode des Erblassers begründeten civilen Berechtigung, nicht zugemuthet werden können, wenn man sie auf die Erwerbshandlung des Testamentserben hätte vertrösten wollen. Die eingesetzten Notherben haben zu wählen zwischen den Ansprüchen aus dem Testament und der Theilnahme an der bon. poss. contra tabulas[7]). Auch für sie wäre es eine unbillige Beschwerung gewesen, wenn sie mit dem Erwerb der bon. poss. contra tabulas auf die Antretung der neben ihnen eingesetzten extranei hätten warten sollen.

Indessen ist gegenüber der Unabhängigkeit dieser Delation der Notherbfolge vom Erwerb der Testamentserben hervorzuheben, daß in dem Falle, wo überhaupt kein Erbe aus dem Testament erwirbt, gewisse regelmäßig die contra tabulas begleitende Rechtssätze wegfallen. So werden zwar

a. die Enterbungen bei der contra tab. aufrecht erhalten[8]); tritt aber keiner der eingesetzten Erben an, so wird der enterbte suus

---

könne verlangen, daß er unter den heredes oder unter den exheredes verzeichnet sei; er sei verletzt, sobald das Testament seine Wirksamkeit beanspruche. Damit scheint mir die Frage nicht erledigt zu werden. Hätte der Prätor die formelle Natur der notherbrechtlichen Vorschriften betont, so wäre nicht einzusehen, warum er nicht bei Verletzung civiler Notherben Nichtigkeit jedes Testaments, bei Verletzung blos prätorischer Notherben Nichtigkeit mindestens des prätorischen Testaments angenommen hat, etwa wie er sie bei fehlender testamenti factio des Erblassers eintreten ließ. Nun aber behandelt er das Testament troß der Uebergehung des Notherben als gültig: darum müssen andere Gründe aufgesucht werden, um deren willen hier die Berechtigung des Notherben sich in einem früheren Zeitpunkt geltend machen darf, als bei jenen beiden Instituten des Pflichttheilsrechts.

[7]) Sie haben die bon. poss. commisso per alium edicto nicht allein unabhängig davon, ob irgend ein Erbe aus dem Testament erwirbt, sondern auch unabhängig von dem Verhalten der in eigner Person verletzten Notherben: l. 10 § 6 D. h. t.

[8]) l. 8 pr. l. 10 § 5. l. 20 pr. D. h. t.

in Folge der Destitution des Testaments ohne Weiteres Intestaterbe[9]); auch der enterbte Emancipirte aber muß jetzt die gesetzliche Erbberechtigung geltend machen können. (Vergl. unten den § 24 bei Anm. 25). — Ferner bleibt

b. das Edict *de legatis praestandis* mindestens dann ausgeschlossen, wenn die Thatsache, daß die eingesetzten Erben nicht erwerben, nicht auf deren Willen, sondern auf äußeren Hinderungsgründen beruht (Versterben derselben vor der Erklärung über die Antretung — Ausfall der ihrer Einsetzung beigegebenen casuellen Bedingung[10]).

Eine Ausnahme erleidet der Satz, daß die Notherbfolge mit dem Tode des Erblassers deferirt wird, in dem Falle, wo das Testament mehrere Grade enthält. Der Prätor behandelt den einzelnen Grad, bei welchem der Notherbe, wäre er auch ein civiler, übergangen ist, nicht als nichtig. Demgemäß kann längere Zeit nach dem Tode des Erblassers die bon. poss. contra tabulas gegen einen der folgenden Grade deferirt werden, — dann nämlich, wenn die testamentarische Erbfolge den in diesem Grade Eingesetzten anfällt[11]). Ist indessen einmal die bon. poss. contra tabulas gegen den einzelnen Grad deferirt, so kann sie vermöge ihrer Unabhängigkeit vom Erwerb der Testamentserben nicht mehr dadurch vereitelt werden, daß die in jenem Grade gerufenen Erben ausschlagen oder vor der Erklärung über den Erwerb sterben, daß die Bedingung ihrer Einsetzung ausfällt, endlich daß der eingesetzte Postumus nicht in's Dasein tritt. Mag daher die Delation der testamentarischen Erbfolge zum nächsten Grade fortschreiten, bei welchem eine Präterition des Notherben nicht vorliegt: immer bleibt es bei der einmal durch den voraufgehenden Grad begründeten bon. poss. contra tabulas[12]).

II. Einzugehen ist noch auf die der Delation der bon. poss. contra tabulas zukommende subjective Ausdehnung. Hier begegnet die schon mehrfach berührte Regel, daß die bon. poss. contra tabulas auch den im Testamente eingesetzten Notherben

---

[9]) l. 20 pr. cit.

[10]) l. 10 § 2 in f. l. 13 D. de legat. praest. 37. 5. Vergl. § 26 unter I. b. und c.

[11]) l. 8 § 1 D. h. t.

[12]) l. 20 pr. l. 8 § 5 D. h. t. (Ueber letztere Stelle vergl. § 23 bei Anm. 12.)

angetragen wird, wenn ein anderer Notherbe übergangen ist[13]). Wie erklärt sich diese Erscheinung? Schmidt (S. 90 f.) hebt gegenüber den gewiß unzureichenden Erklärungsversuchen von Francke und Hingst[14]) hervor, daß die eingesetzten Kinder, wenn sie auf mehr als ihren gesetzlichen Erbtheil gerufen waren, doch jedenfalls vermöge der Concurrenz der übergangenen Notherben auf das Maß dieses Erbtheils beschränkt werden mußten; eben darum sei es billig gewesen, ihnen auf alle Fälle diesen Erbtheil voll zu gewähren, auch wo das Testament sie auf eine geringere Quote rief. Das eben sei durch ihre Zulassung zur Notherbfolge vermittelt. Von Einfluß ist dieser Umstand gewiß gewesen; aber für den einzigen Grund ist er wohl nicht zu halten. Mindestens eben so gewichtig mußte das von Leist betonte Bedürfniß sprechen, die bon. poss. contra tabulas zu einer die sämmtlichen liberi umfassenden Gesammtregulirung der Erbfolge auszubilden[15]). Der Prätor ruft überall zur bonor. possessio die Personen, welche gleiche Erbberechtigung für sich haben, innerhalb der nämlichen Frist (1 Jahr oder 100 Tage). Auf diese Weise erreicht er es, daß nach Ablauf eines kurzen Zeitraums feststeht, zu welchem Antheil der einzelne Erbe den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern haftet, zu welchem Antheil er selbst die erbschaftlichen Rechte verfolgen kann. Sollte dieser Erfolg bei der bon. poss. contra tabulas erreicht werden, so war zu verhüten, daß die eingesetzten Notherben auf die civile Erbschaftsantretung beschränkt blieben. Eben darum wurde ihnen die Theilnahme an der bon. poss. contra tabulas angeboten. Und zu deren Annahme mußten sie sich durch besondere mit ihr gegebene Vortheile bewogen fühlen. Dahin gehört neben dem interdictum Quorum bonorum die von Schmidt hervorgehobene, im einzelnen Fall eintretende Erhöhung ihres Erbtheils. Aber auch einen Satz aus dem Recht der Collation wird man auf diesen Gedanken zurückzuführen haben. Nach dem Edict konnte der eingesetzte suus nur dann vom emancipirten Notherben Collation for-

---

[13]) Vergl. von den vielen darüber sprechenden Stellen l. 3 § 11. l. 8 § 4. 14. l. 10 § 6. l. 14 pr. D. h. t. l. 14 pr. l. 15 § 1. l. 25 pr. D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 4. l. 10 D. de collat. 37. 6. l. 3 D. de dot. collat. 37. 7. l. 103 § 2. 3 D. de legat. III°. (32.)

[14]) Francke S. 137. 140. Hingst S. 212 f. Darüber Schmidt S. 91 Anm. 77.

[15]) Vergl. Leist bon. poss. II. 1 S. 63 f. Forts. III S. 102 z. A. S. 110. S. 159.

dern, wenn er selbst die *bon. possessio* nachsuchte; erst Scävola sprach sich dafür aus, daß der Anspruch auch ohne diese Voraussetzung zuzulassen sei[16]). War nicht der Grund jener Anforderung des Edicts eben das Bemühen des Prätor, den Eingesetzten zum Nachsuchen der b. p. contra tabulas zu vermögen[17])?

Endlich mußte sich die in Frage stehende Ausdehnung der Delation daraus ergeben, daß die b. p. contra tabulas für den Notherben eine wirkliche Gesammtnachfolge begründen sollte. Denn diese führte zur Anwachsung unter den Miterben[18]); eine solche aber stieß gewiß auf Bedenken, wenn man die eingesetzten Erben als gesonderte Gruppe neben den prätorischen Notherben stehen ließ[19]). Freilich ist in der Folge doch neben der contra tabulas eine Succession von Testamentserben zugelassen, welche nicht zur *bon. poss.* gelangen konnten — ich meine die Erbfolge der zu Erben eingesetzten Eltern und Kinder ohne Notherbenberechtigung. Allein dieser erst auf die Auctorität von Julian durch ein Rescript von Pius begründete Rechtssatz[20]) kann nicht bei einer Frage in Betracht kommen, welche die vom Prätor bei der Einführung der bon. poss. contra tabulas verfolgten Zwecke in's Auge faßt. Ist doch auch der Satz aus dem Recht der Collation, wenngleich durch ausdrückliche Bestim-

---

16) Vergl. l. 1 pr. § 1. l. 10 D. de collat. bonor. 37. 6.

17) Etwas abweichend Fein, Collation S. 87 f. Nach ihm hätte der Prätor den Anspruch auf die Collation an das Erbitten der bonor. possessio geknüpft, um der Letzteren durch die auf jenem Wege zu erreichende Unterwerfung des suus unter dieselbe den Schein des Widerrechtlichen zu nehmen. Der Gedanke scheint etwas gesucht; auch bedurfte wohl die Prätur solcher Hülfsmittel nicht, um einem von ihr entsprechend den Bedürfnissen des Rechtslebens aufgestellten Institut Eingang zu verschaffen.

18) l. 3 § 9 l. 5. l. 6 pr. D. de bon. poss. 37. 1. l. 12 pr. D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 1 § 8 D. de conjung. 37. 8. l. 8 C. quando non petent. 6. 10.

19) Nach l. 6 pr. D. de bon. poss. 37. 1 fand keine Anwachsung gegenüber den Testamentserben statt, wenn der Patron die b. p. contra tabulas gegen das Testament des Freigelassenen erbeten hatte: wurde demnächst der vom Testamentserben erworbene Erbtheil — etwa in Folge von dessen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Erwerb — wieder frei, so wurde zu diesem Theil dem Patron auf Grund einer besonderen Edictsclausel eine bonor. possessio deferirt. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-Recht S. 88 f., besonders Anm. 151.

20) Vergl. darüber einstweilen l. 5 § 6. l. 6 l. 7. D. de legat. praest. 37. 5. — Im Gefolge des neuen Rechtssatzes hat sich dann auch die Anwachsung eingestellt: l. 21. D. eod.

mung des Edicts begründet, später durch die Jurisprudenz beseitigt.

Den entwickelten Grundsätzen gemäß ergeht die Delation der bonor. possessio contra tabulas an die übergangenen liberi, da in ihrer Person die Vorschriften des Notherbenrechts verletzt sind (committitur edictum[21]), — gleichzeitig an die eingesetzten liberi vermöge jener Begründung der Notherbfolge durch die Personen der ersten Classe. Ausgeschlossen bleiben, wie erwähnt wurde, die enterbten liberi, sie werden auf die querella inofficiosi testamenti angewiesen[22]). Selbst dann wird ihnen die b. p. contra tabulas versagt, wenn die Testamentserben überall nicht antreten[23]).

Schon berührt ist, daß die Berufung der im Testament eingesetzten Notherben auf einem Punkte über den Kreis der liberi hinausgeht: auch der in der Adoptivfamilie stehende Descendent wird commisso per alium edicto zur b. p. contra tabulas zugelassen, wenn er zum Erben eingesetzt ist[24]). Erforderlich ist, daß er zu den leiblichen Descendenten des Erblassers gehört[25]) und in seinem Stamm der Nächste ist[26]); auch muß die Erbeseinsetzung ihn selbst, nicht eine seiner Gewalt unterworfene Person[27]), und sie muß ihn in dem-

[21]) Vergl. z. B. l. 8 § 11 D. h. t. 37. 4 l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 2 D. de conjung. 37. 8.

[22]) l. 10 § 5. l. 20 pr. D. de bon. poss. co. tab. 37. 4.

[23]) Daß in diesem Fall des destitut gewordenen Testaments der enterbte suus (und ebenso der enterbte Emancipirte) dem prätorischen Notherben als gesetzlicher Erbe zur Seite tritt (l. 20 pr. § 1. 2 D. h. t. 37. 4), wurde oben erwähnt (S. 135 f.; dazu § 24 bei Anm. 25).

[24]) Vergl. hierzu Schmidt S. 92 f.

[25]) Nicht berechtigt ist der vom Adoptivvater weiter in Adoption Gegebene: l. 8 § 12 D. h. t.

[26]) l. 13 § 1 D. h. t. l. 25 § 1 D. de legat. praest. 37. 5. Der Grund, um dessen willen nach den Schlußworten der l. 13 § 1 cit. dem eingesetzten Enkel auch dann die contra tabulas b. p. versagt bleibt, wenn er diese erst nach dem Tode seines Vaters nachsuchte, sofern nur der Vater den Großvater überlebt, ist dieser. Der in der fremden Familie Befindliche muß jedenfalls bei des Erblassers Tode in einem solchen Verhältniß zu diesem stehen, daß er dessen *suus* sein würde, wenn es nicht an der väterlichen Gewalt fehlte. Vergl. Ulp. l. 8 § 14 D. h. t. (— eas partes —, quas intestato patre mortuo in hereditate *habiturus esset,* si in potestate mansisset). In unmittelbarem Anschluß an diese Worte wird neben dem suus und dem Emancipirten der in Adoption Gegebene genannt. — In l. 25 § 1 cit. ist aller Wahrscheinlichkeit nach zu lesen: *non* (statt num) habet nepos ex edicto bonorum possessionem. Vergl. die Ausg. von Mommsen.

[27]) l. 8 § 11 D. h. t.

jenigen Grade des Testaments rufen, gegen welchen die b. p. contra tabulas stattfindet[28]). Treffen diese Voraussetzungen zu, so kommt die Nähe des Grades nicht in Betracht; auch gelangen dann die von einem in Adoption gegebenen Sohne nach seiner Adoption in der fremden Familie gezeugten Kinder zur Notherbfolge gegen das großväterliche Testament[29]). Das Motiv der Bestimmung — die möglichste Schonung des letzten Willens, wo dieser sich in der Berücksichtigung nächster Blutsverwandter äußert[30]), — kehrt wieder im Edict de legatis praestandis.

III. Der Erbschafts**erwerb** steht bei dieser Anwendung der Notherbfolge unter den allgemeinen Grundsätzen der bonor. possessio: danach war Letztere innerhalb des den liberi offen stehenden, utiliter zu berechnenden Jahres seit der Delation zu agnosciren.

§ 22.

Anhang: **Erlöschen der prätorischen Notherbenberechtigung.**

Die bereits zur Delation gediehene prätorische Notherbenberechtigung kann aus bestimmten Gründen erlöschen. Diese Gründe sind schon hier zu erörtern, da sie eine mit den Grundsätzen über die Delation und den Erwerb der bon. poss. contra tabulas in engster Verbindung stehende Lehre darstellen. Davon, daß die bonor. possessio gleich jeder nur erst deferirten Erbschaft verloren geht, wenn der Notherbe vor ihrem Erwerb stirbt, braucht nicht gehandelt zu werden. Zu betrachten bleiben als Gründe eines Erlöschens: das Ausschlagen und die diesem gleich geachtete Anerkennung des letzten Willens, — der Verlust der testamentifactio und das Ausscheiden aus der Classe der liberi, — die Versäumung der Agnitionsfrist.

I. Ausschlagen. Wie jede deferirte Erbschaft kann die contra tab. b. p. ausgeschlagen werden: hier erlischt die Delation sofort, noch vor Ablauf der Agnitionsfrist[1]). Dem Ausschlagen gleich wird die thatsächliche Anerkennung des letzten Willens behandelt: die in den Quellen vorkommenden Beispiele beziehen sich sämmtlich auf die Annahme eines

---

[28]) l. 8 § 13 D. eod.

[29]) Vergl. neben den Stellen der Anm. 25 die l. 1 § 12 D. de ventre in poss. 37. 9.

[30]) l. 8 § 11 cit.

[1]) l. 2 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11.

vom Erblasser zugewendeten Erbtheils oder Vermächtnisses[2]). Es treffen hier die zwei Rechtssätze zusammen, daß der Notherbe durch Annahme einer solchen Zuwendung die contra tabulas bon. poss., wie umgekehrt durch das Erbitten der bon. poss. die im letzten Willen enthaltene Zuwendung einbüßt[3]). Eine besondere Anwendung einer Anerkennung enthält Marcian. l. 15 D. h. t.

Si praeteritus filius emancipatus („ex testamento" similiave exciderunt *Momms.*) exceptionem doli mali agenti heredi patris opposuerit de eo quod patri debuit, non posse eum contra tabulas bonorum possessionem petere existimo: nam hoc ipso quasi repudiavit bonorum possessionem. —

Der Jurist beschränkt dann seinen Ausspruch dahin: derselbe treffe nur zu, wenn der Emancipirte nicht etwa auf Grund der ihm deferirten bon. poss. contra tabulas[4]) excipirt, sondern die exceptio doli entgegengesetzt habe. Es ist sehr zweifelhaft, welchen Inhalt man der zweiten Einrede beizulegen hat. Der Basilikenscholiast bemerkt (Bas. 40. 3 c. 14 schol. 2): *λιβερατίονος αὐτῷ τοῦ χρέους ἴσως ληγατευθείσης*, er verweist dann auf l. 50 § 6 D. de bon. libert. 38. 2. Nach dieser soll der Patron seine Pflichttheilsberechtigung einbüßen, wenn er der Forderungsklage des Testamentserben des Freigelassenen auf Grund des ihm von Letzterem hinterlassenen Vermächtnisses der Schuldbefreiung die exceptio doli entgegensetzt. Während aber der Scholiast diesen Fall nur als Beispiel anführt (*ἴσως*), will Cujaz[5]) den von Marcian in l. 15 cit. vorgelegten Thatbestand durch die Annahme ergänzen, es sei auf Grund vermachter Schuldbefreiung excipirt, und Th. Mommsen nimmt in seiner Digestenausgabe gradezu an, es sei eine Hindeutung des Textes auf das Liberationslegat ausgefallen. (Vergl. den obigen Abdruck der Stelle.) Eine andere Ansicht faßt die Worte der l. 15 cit. so allge-

---

[2]) Den Gesichtspunkt der Anerkennung des letzten Willens betont Afric. l. 14 pr. D. h. t.: — si institutus adierit, — non posse eum petere bonorum possessionem respondit, *quia judicium patris secutus sit* —; dagegen hebt Marcian in l. 15 D. eod. (Geltendmachen der letztwilligen Zuwendung durch exceptio doli) die Verwandtschaft mit dem Ausschlagen der Erbschaft hervor: — nam hoc ipso *quasi repudiavit* bonorum possessionem —.

[3]) l. 5 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. Vergl. dann noch über den Verlust durch Anerkennung l. 3 § 15. 16. l. 10 § 3 D. h. t.

[4]) Vergl. § 23 Anm. 5.

[5]) Rec. ad. Dig. 37. 4 l. 15 cit. — VIII. 54.

mein, wie sie lauten; sie versteht daher unter der exceptio doli jede Einrede aus dem der Klage zu Grunde liegenden Schuldverhältniß [6]). Danach fände Marcian schon darin eine Anerkennung des Testaments, daß der Notherbe die Sachlegitimation des klagenden Testamentserben unbeanstandet läßt, insbesondere nicht aus seiner eigenen Berechtigung zur contra tabulas b. p. excipirt.

Meines Erachtens stehen der ersten Auslegung überwiegende Gründe zur Seite. Es ist bekannt, wie häufig in den Erörterungen der römischen Juristen die gleichen Thatbestände wiederkehren; dies macht es von vorn herein glaublich, daß die von Marcian in l. 15 cit. in's Auge gefaßte Einrede mit der in l. 50 § 6 cit. besprochenen exceptio doli aus dem Vermächtniß der Schuldbefreiung identisch ist [7]). Dazu kommt, daß wir in allen sonstigen auf die b. p. contra tabulas bezüglichen Aeußerungen der Quellen über die thatsächliche Anerkennung des Testaments nur den Fall der Annahme einer in Letzterem enthaltenen Zuwendung genannt finden, und das ist nichts Zufälliges. Die römischen Juristen sind in unsrer Lehre mit der Annahme eines Ausschlagens der Erbberechtigung durch concludente Handlungen nicht so weit gegangen, wie dies beim Verzicht auf die Querel geschehen ist [8]); darum ist es nicht glaublich, daß sie schon in der unterlassenen Anfechtung der Erbeseigenschaft des klagenden Testamentserben eine die b. p. contra tabulas ausschließende Anerkennung des letzten Willens gefunden haben sollten.

In Einem Falle ist selbst die Antretung der Erbschaft aus dem Testament kein Grund zum Ausschluß der b. p. contra tabulas: dem zum Erben eingesetzten, in fremder Familie stehenden Kinde soll die Antretung auf Grund des Testaments nicht schaden. In l. 10 § 2 D. h. t. gedenkt Ulpian bei der Besprechung der Antretung der vom Adoptivvater ertheilten Anweisung zum Erwerb [9]); doch knüpft er daran im § 3 die allgemeine Sentenz:

---

6) So Mühlenbruch 37. S. 89 Anm. 38. Schmidt S. 95 Anm. 95.

7) Sehr auffallend ist bei l. 15 cit. die wiederholte, von allen thatbestandlichen Angaben entblößte Bezeichnung der Einrede als exceptio doli; dies spricht nachdrücklich für die von Th. Mommsen empfohlene Ergänzung des Textes.

8) Darauf komme ich im § 54 unter A.

9) Ulp. l. 10 § 2 D. h. t. Si in adoptionem datus, posteaquam *jussu patris adoptivi hereditatem adiit,* emancipatus fuerit, potest contra tabulas bonorum possessionem accipere hereditatemque ipse potius habebit, quam pater adoptivus.

Illud notandum est, quod et si adierit hereditatem in adoptionem datus, contra tabulas ei datur —.

Hier ließe sich nun zwar sagen, die Stelle sei eine bloße Fortsetzung des im § 2 ausgesprochenen Gedankens, deshalb habe man bei ihr den jussus hinzuzudenken. So muß in der That die Ansicht interpretiren, welche die Möglichkeit der Agnition der b. p. contra tabulas, trotz der vorausgehenden Antretung, aus der Verbindlichkeit des Befehls des Adoptivvaters ableitet[10]). Allein diese Auslegung ist nicht wohl möglich bei dem jenem § 2 vorausgeschickten § 1. Dort ist von einem dem mütterlichen Großvater in Adoption gegebenen Kinde die Rede: auch dieses erhält als eingesetzter Erbe gegen das Testament des leiblichen Vaters die bon. poss. commisso per alium edicto, und auch hier liegt der Gedanke, daß die Antretung unschädlich sein soll, stillschweigend ausgesprochen vor in der Bemerkung:

nec (enim) *exigimus*, ut adeat hereditatem, sed sufficit ut ei delata sit adquirique possit.

Man wird hiernach ohne Einschränkung zu sagen haben: der in Adoption Gegebene hat als Eingesetzter die contra tabulas, auch wenn er als Testamentserbe angetreten hat, und der Grund ist, daß er überhaupt nur als Eingesetzter vom Edict zur Notherbfolge zugelassen wird: mit Rücksicht hierauf ließ sich nicht wohl an seine Antretung der Verlust der b. p. contra tabulas knüpfen. — Daß der Adoptirte, wenn er nach seiner Emancipation die b. p. contra tabulas erbittet, die Erbschaft nach h. 10 § 2 cit. für sich selbst erwirbt, nicht für den bisherigen Adoptivvater, obgleich dieser zur früheren Erbschaftsantretung die Anweisung ertheilt hatte, erklärt sich aus dem Gegensatz beider Successionsgründe.

II. Verlust der Erbfähigkeit, — der Eigenschaft eines der *liberi*. Der Notherbe muß diese Eigenschaften nicht allein beim Tode des Erblassers haben, sondern auch von da an weiter bis zur Nachsuchung der bonor. possessio: verliert er sie inzwischen, so gelangt er nicht zur Notherbfolge[11]).

---

[10]) So *Cujac.* rec. ad Dig. 37. 4 l. 10 § 2 cit. — VIII. 46. Schmidt S. 95 Anm. 92.

[11]) l. 3 § 6 vergl. mit l. 10 pr. D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 2 pr. D. de b. p. sec. tab. 37. 11. Vergl. auch l. 9 D. si tabulae 38. 6.

III. Versäumt der Notherbe die Erbittung der *bonor. possessio*, so ist er mit Ablauf der Agnitionsfrist ausgeschlossen[12]).

V. Wesen und Wirkungen der prätorischen Notherbfolge.

§ 23.

A. Verhältniß der bonorum possessio contra tabulas zum letzten Willen*).

Anläßlich der Bemerkungen über den Begriff der prätorischen Notherbfolge wurde am Schluß des § 15 hervorgehoben, daß durch dieselbe das Testament unwirksam gemacht wird. Diese Auffassung entspricht der herrschenden Meinung, wenn auch deren Vertreter nicht durchweg den Begriff der bloßen Unwirksamkeit festhalten[1]). Entgegengetreten ist ihr in neuester Zeit Leist[2]), der folgende Ansicht entwickelt. Die bon. p. contra tabulas ist gegenüber dem testamentarischen Erben vom Prätor für cum re erklärt[3]); demnach sind die Klagen des bonor. possessor auch gegen den eingesetzten Erben durchführbar, und umgekehrt hat Ersterer gegen die Klagen dieses Erben und Anderer, deren Ansprüche das Vermögen verringern, Vertheidigungsmittel. Im Uebrigen verbleibt es bei den gewöhnlichen über die Gültigkeit des Testaments entscheidenden Rechtssätzen und deren Folgen, wonach die Antretung wie die Ausschlagung des ein-

---

[12]) §§ 9. 10 J. de bon. poss. 3. 9. l. 1 § 10 D. de success. edict. 38. 9. l. 20 § 4 D. de bon. libert. 38. 2.

*) Schmidt S. 97—101. Leist, Forts. II S. 15—81., vergl. mit III S. 118—124.

[1]) Von „Unwirksamkeit" reden u. A. Francke S. 132. 145. Keller, Pand. § 510. Schmidt S. 97. Im Uebrigen wird vielfach von „Aufhebung", „Beseitigung", Rescission" u. dergl. gesprochen. Vergl. Mühlenbruch 37. S. 18. S. 50. 51. Windscheid III § 577 unter 4; weitere Angaben bei Leist II S. 18 —20. In den Quellen kommt einige Male das „testamentum *rescindi*" vor: l. 1 pr. D. de legat. praest. 37. 5. l. 17 C. de collat. 6. 20., womit zu vergleichen l. 4 § 1 C. de lib. praet. 6. 28.

[2]) A. a. O. II S. 20 ff. III S. 118 ff.

[3]) Verwiesen wird auf Ulp. l. 5 § 1 D. de bo. poss. sec. tab. 37. 11: — et filius quidem quasi contra tabulas bonorum possessione accepta rem habere videtur —. Völlig zuverlässig ist der Ausdruck nicht. (Vergl. Leist selbst, Forts. I S. 313 Anm. 6 und von den Stellen bei Dirksen, man. v. res § 2 B. l. 2 § 8 D. ad SC. Tertull. 38. 17, auch wohl l. 16 D. de legat. praest. 37. 5.— „cum *rem* ab intestato *habeat*", vergl. dazu l. 15 eod.). Indessen würde es nicht auffallen, wenn uns in den Quellen die Aeußerung begegnete, die bon. poss. contra tabulas sei gegenüber dem Testamentserben cum re.

gesetzten Erben in verschiedensten Rechtswirkungen hervortritt. Leist bestreitet namentlich die zunächst von Fabricius aufgestellte Ansicht, daß ein besonderer prätorischer Rechtssatz bestanden habe, wonach man dem eingesetzten Erben die Klagen versagt und damit seine Erbschaftsantretung praktisch unwirksam gemacht hätte. Freilich werde der Eingesetzte meist ausgeschlagen haben, da ihm der bonor. possessor das Vermögen abholen konnte. Habe derselbe jedoch angetreten, so sei er damit activ wie passiv in die erbschaftlichen Klagen eingetreten: dem gegenüber habe indessen überall die mit dem Tode des Erblassers begründet gewesene exceptio aus der contra tabulas b. p. eingegriffen[4]). Durch diese sei der Testamentserbe in allen Ausflüssen des Erbrechts so gestellt worden, als ob sie ihm nicht zuständen. Von diesem Einwande abgesehen aber sei die Stellung des Notherben zum antretenden Erben der des Erbschaftsvermächtnißnehmers zum Fiduciar sehr ähnlich gewesen. — Besonders betont wird von Leist in Anwendung auf die Rechtsstellung des prätorischen Erben, daß diesem ein bloßes Avocationsrecht wegen der bona gewährt sei[5]).

Ohne Frage ist es vollkommen berechtigt, wenn Leist die Thatsache, daß das Testament trotz der b. p. contra tabulas gültig ist und auch gültig bleibt, mit besonderem Nachdruck hervorgehoben und bei der Darstellung der einzelnen Grundsätze dieses Notherbenrechts zur Geltung gebracht hat. Unmöglich aber ist anzuerkennen, daß dem Wesen der contra tabulas Genüge geschähe, wenn man dieselbe als eine *bon. poss. cum re*, den Anspruch des Notherben auf das Vermögen als ein auf dieses gerichtetes Avocationsrecht bezeichnet. Mit letzterem Worte wird nur der wirthschaftliche Erfolg bezeichnet, zu welchem die mit der contra tabulas b. p. verbundenen Rechtsmittel führen, vereinigt mit der Thatsache, daß solche Rechtsmittel vorhanden sind. Etwas Anderes besagt aber auch im Grunde die Wendung nicht, daß die contra tabulas b. p. „cum re“ sei, mag sie immer Kunstausdruck sein. Weit eher ist zu betonen, was zwar Leist selbst erwähnt[6]), was aber in seiner Ausführung neben dem

---

[4]) Nach den Quellen eine exceptio in factum concepta des Inhalts: „si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest“: l. 15 D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 2 D. de exc. rei jud. 44. 2. l. 15 D. de O. et A. 44. 7. l. 25 D. de bon. libert. 38. 2. Vergl. schon *Cujac.* rec. ad l. 15 cit. op. VIII. 54.

[5]) Vergl. z. B. Fortſ. II S. 49. 63. 78 f. III S. 119. 149.

[6]) A. a. O. II S. 27. Vergl. auch III S. 148 a. E.

fort und fort an die Spitze gestellten Avocationsrecht des bonor. possessor nahezu verschwindet, daß die contra tabulas b. p. eine unmittelbare Gesammtnachfolge begründet[7]). Damit tritt der an sich vorhandenen civilen Erbfolge eine wahre prätorische Succession gegenüber, und nur Folge von dieser ist es, daß der vom Prätor aufgestellte Erbe dem eingesetzten Erben das Vermögen abfordert. Wie sehr dieser Gedanke der Gesammtnachfolge in den Grundsätzen über die Delation und den Erwerb der contra tab. b. p. ausgeprägt ist, wie er an der Ausbildung der bon. poss. commisso per alium edicto Theil hat, ergibt sich aus § 21. Ihm entspricht es aber auch vollkommen, wenn man von einem Unwirksamwerden des Testaments, als Folge der erbetenen bon. poss., redet. Zunächst wird dem Testament, so sehr dasselbe nach wie vor gültig bleibt[8]), regelmäßig durch die contra tabulas die Kraft entzogen, eine Gesammtnachfolge herzustellen. Die Fälle, in denen für einen Bruchtheil des Vermögens Testamentserben eintreten, bilden die Ausnahme, und für die eine Classe derselben — wo die eingesetzten Notherben mit Verschmähung der b. p. contra tabulas auf Grund des Testaments antreten, — wird die Wirksamkeit des Erwerbs darauf zurückgeführt, daß dieselben Erben sich der b. p. contra tabulas anschließen konnten[9]). Näheres hierüber im § 24. — Sieht man aber auf die Nebenverfügungen des Testaments, so werden jedenfalls diejenigen, welche den Vermögenserwerb des Notherben schmälern (Vermächtnisse, Freiheitsertheilungen), der Regel nach hinfällig.

In welchen Fällen ein nach Civilrecht gültiges Testament zufolge der bonor. possessio unwirksam wird, hat Ad. Schmidt gezeigt[10]).

---

[7]) Julian. l. 13 D. h. t.: — heredis loco constituit. Es ist danach von Anfang an in der bonor. poss. contra tabulas eine juris possessio gegeben gewesen, wie sie Leist mit Recht nachdrücklich als uranfänglichen Begleiter aller bon. possessio bezeichnet. Forts. I S. 93—102. S. 109—113. S. 279—288. S. 292—301.

[8]) Dafür z. B. die Möglichkeit der Antretung und Ausschlagung, an die sich positive Rechtswirkungen knüpfen. Vergl. *a.* l. 14 pr. D. h. t. l. 15 pr. § 1. l. 16. l. 22 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 8. l. 10 D. de collat. 37. 6. *b.* l. 10 § 1—3 D. h. t. *c.* l. 10 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. *d.* l. 8 § 2 coll. l. 6 D. eod. *e.* l. 34 § 2. l. 35 D. de vulg. 28. 6.

[9]) Vergl. von den Stellen der Anm. 8 unter a. l. 14 pr. l. 15 § 1. l. 10 citt. Dazu das „tueri" in l. 16. l. 1 § 8 citt.

[10]) A. a. O. S. 98 f.

Dieser Erfolg tritt immer ein, wo lediglich prätorische Notherben oder lediglich civile Accrescenzerben oder doch nur Notherben aus diesen beiden Classen sich der Notherbfolge bedienen[11]). Daneben stehen zwei bereits in früheren Zusammenhängen berührte Fälle, in welchen ein übergangener suus den ihn verletzenden letzten Willen mit der contra tab. b. p. außer Wirkung zu setzen vermochte, während ihn das Civilrecht im Stich ließ. So der schon zur Zeit der Testamentserrichtung am Leben gewesene Haussohn, wenn er im ersten Grad des Testaments übergangen, im zweiten enterbt war, Erben des ersten Grades aber bei des Erblassers Tode am Leben waren. Hier half ihm die gegen den ersten Grad nachzusuchende bon. possessio, während er nach Civilrecht durch den von Anfang an allein gültigen zweiten Grad ausgeschlossen war[12]). — Der andere Fall ist der in l. 12 § 1 D. h. t.: war irgend ein suus in einem nach Civilrecht gültigen Testament enterbt, in einem späteren nur prätorisch gültigen Testament übergangen, so verschaffte ihm die gegen das zweite Testament begründete prätorische Notherbfolge dauernd das Vermögen, sofern nur die in diesem Testament gerufenen Erben (abgesehen vom Präterirten selbst) die nächsten gesetzlichen Erben waren[13]).

Ich kehre zu der Eingangs dargestellten Ansicht von Leist zurück. Mit Berufung auf einige Aeußerungen der Quellen wird eine erhebliche Aehnlichkeit des Rechtverhältnisses des contra tabulas bonor. possessor mit dem des Erbschaftsvermächtnißnehmers behauptet[14]),

[11]) Denn auch die Accrescenzerben können es nur vermöge der contra tab. b. p. erreichen, daß extranei heredes a *tota* hereditate repelluntur (Gaj. II. 125 l. 4 pr. C. de lib. praet. 6. 28.). — Durch Mark Aurel wurde den Frauen dieser Vortheil entzogen, sie sollten auch nach prätorischem Recht nicht mehr erreichen, als auf dem Wege des Accrescenzrechts; derselbe Satz wurde dann auf gewaltfreie Frauen übertragen (Gaj. II. 126. l. 4 pr. C. cit.). — Ferner kommt die contra tab. b. p. den Accrescenzerben auch dann zu gut, wenn sie unter casueller Bedingung eingesetzt sind, die Bedingung aber ausfällt. Daß dies auch bei Frauen noch nach dem Rescript von Mark Aurel Rechtens geblieben wäre (Schmidt S. 99 Anm. 105), vermag ich nicht anzuerkennen. Nach Gajus ging doch der Inhalt des Rescripts dahin, „suas *non plus nancisci* feminas per bonorum possessionem, *quam quod jure adcrescendi consequerentur*. War nun eine sua unter casueller Bedingung gerufen, diese aber ausgefallen, so erreichte sie nach Civilrecht Nichts, — also auch nach prätorischem Recht Nichts.

[12]) l. 8 § 5 D. h. t. Vergl. § 21 unter I a. E. (S. 136.).

[13]) Vergl. § 20 S. 133.

[14]) S. 22 f. S. 26—29.

wenn auch mit dem Hervorheben, daß dem Notherben keine vom Testamentserben abgeleitete Stellung zukommt. Die Aehnlichkeit soll sich insbesondere in der rechtlichen Lage äußern, in welcher sich dort der bon. possessor, hier der Erbschaftsvermächtnißnehmer gegenüber dem Testamentserben rücksichtlich des Uebergangs des materiellen Vermögens befände. Soviel ich sehe, ist eine wirkliche Verwandtschaft nicht vorhanden. Von den beiden angerufenen Quellenzeugnissen ist l. 49 (bei Mommſ. l. 51) D. ad SC. Trebell. 36. 1 ohne alles Gewicht. Sie bemerkt nur, daß gleich dem zur Herausgabe der Erbschaft gehaltenen Fiduciarerben der Testamentserbe, mag dieser immer zu befürchten haben, daß ein Sohn des Erblassers zur prätorischen Notherbfolge greift, den Klagen von Erbschaftsgläubigern dann Rede stehen muß, wenn denselben Verjährung droht. Daraus ergibt sich für die Vergleichung der Stellung des prätorischen Notherben und des Erbschaftsvermächtnißnehmers nur, daß Beide — der Letztere nach erfolgter Herausgabe der Erbschaft — von den Nachlaßgläubigern zu belangen sind; das aber ist einfach Folge davon, daß in der Person Beider eine Gesammtnachfolge, wenn auch beim Erbschaftsvermächtnißnehmer nur eine mittelbare, gegeben ist.

Die zweite Stelle, die l. 21 pr. D. de fidejuss. 46. 1 von African, läßt den Anspruch gegen den dem Testamentserben von einem Erbschaftsschuldner gestellten Bürgen ebensowohl auf den Erbschaftsvermächtnißnehmer wie auf den prätorischen Notherben übergehen. Allein grade hier springt die wesentliche Verschiedenheit der in dem einen und andern Falle bestehenden Rechtsstellung in die Augen. Auf den Erbschaftsvermächtnißnehmer müssen vom Beschwerten alle ererbten Vermögensrechte und mit der Erbfolge überkommenen Verbindlichkeiten im Act der Herausgabe übertragen werden; daneben hat der Beschwerte die von ihm mit Rücksicht auf die Erbschaft neu erworbenen Ansprüche abzutreten [15]). Bei der b. p. contra tabulas kommt es nur zu einer Abtretung von Ansprüchen der letzteren Art; denn alle zur Erbschaft gehörigen Rechte, die Klagen als ficticische, stehen dem Notherben schon kraft der bon. possessio zu. Ein weiter gehender Anspruch bestand bei den Römern nur insofern, als der Erbbesitz nur das in bonis gewährte, während der Civilerbe das quiritische Eigenthum

---

[15]) Vergl. einerseits l. 66 (68) § 2. l. 73 (75) D. ad. SC. Trebell. 36. 1, anderseits l. 21 pr. cit. l. 22 D. de pec. const. 13. 5. Dazu Sintenis, Civ.-Recht III § 220 bei Anm. 4.

erworben hatte. So erklärt sich Julian l. 13 D. h. t. — eine Stelle, deren Bedeutung Leist überschätzt:

Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti *cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare:* omne enim jus transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum quem praetor heredis loco constituit.

Es ist kein Zufall, daß der Jurist von praedia und servi hereditarii spricht; Julian schrieb „cogendus est — *mancipare*“, das *praestare* beruht auf einer Interpolation[16]). Und begreiflich ist, daß der Prätor den Testamentserben, da er dessen Erwerb auf dem Wege der contra tab. b. p. unwirksam macht, zur Mancipation anhält. Vom Standpunkt des Justinianischen Rechts aber läßt sich die l. 13 cit. nur auf Erwerbungen beziehen, wie sie oben bei l. 21 D. ad SC. Trebell. 36. 1 erwähnt wurden.

Blicken wir auf das soeben Ausgeführte zurück, so erscheint das Urtheil begründet, daß von einer Vergleichung mit dem Erbschaftsvermächtniß nicht wohl eine Vertiefung der Lehre von der contra tab. b. p. zu erwarten ist. Begnügen wir uns mit dem Satze, der grade in der besprochenen l. 13 seine Bestätigung findet, daß in der Person des Notherben, soweit dessen Erbanspruch reicht, eine wahre Gesammtnachfolge vorliegt.

Ich komme zu den dem prätorischen Notherben im Verhältniß zum Testamentserben zur Seite stehenden Rechtsmitteln.

Zunächst die oben berührte exceptio in factum concepta, welche vollständig so lautet: „si non in ea causa tabulae testamenti sint, ut contra eas bonorum possessio dari possit“ [17]), ist begreiflich kein zu Gunsten des Notherben eingeführtes Rechtsmittel. Sie ist, wie Leist mit Recht annimmt, Ausdruck der in Folge des bevorstehenden Erwerbs der bon. poss. contra tabulas auf dem Recht des Testamentserben lastenden Schranke. Weil die Möglichkeit besteht, daß diesem Erben das Vermögen zu Gunsten eines andern Gesammtnachfolgers entzogen wird, so steht jene Einrede den von ihm erhobenen Klagen aus erbschaftlichen Rechten entgegen; in diesem Sinn hat sie auch

---

[16]) Demnach liegt eine ähnliche Interpolation vor, wie in l. 18 D. de R. V. 6. 1 („debet eum tradere“).

[17]) l. 15 D. de O. et A. 44. 7, verglichen mit l. 2 D. de exc. rei jud. 44. 2.

der als Erbschaftsschuldner belangte Notherbe[18]). Umgekehrt schlägt der Testamentserbe mit der gleichen Einrede die Ansprüche der Erbschaftsgläubiger zurück[19]). Ueber die Wirkungen der bon. poss. contra tab. selbst ist begreiflich an der Hand dieser Exception kein Licht zu gewinnen; hat diese doch nur Geltung für die Zeit vor deren Agnition. — Ausschließlich auf das Rechtsverhältniß des Notherben zum Testamentserben bezieht sich dagegen die exceptio doli, mit welcher Ersterer die Ansprüche der Zweiten zurückweist; mit der *exceptio* aber geht parallel und es tritt regelmäßig an ihre Stelle die Versagung der vom Testamentserben zu erhebenden Klagen. Freilich wird das Eingreifen der denegatio actionum von Leist bestritten; im Anschluß an frühere Bemerkungen von Huschke wird Folgendes ausgeführt[20]). Der Prätor habe die Klagen versagen können, wo ein Recht durch Quellen des Civilrechts materiell aufgehoben war, wenngleich auch hier regelmäßig nur Exceptionen ertheilt wurden. So sei an sich die Verweigerung der Klagen möglich gewesen bei der bon. poss. secundum tab., da hier das Recht des Civilerben durch Kaiserrescript (Rescript von Antonin, Gaj. II. 120) materiell aufgehoben und auf den bonor. possessor übertragen sei. Nun sei aber selbst in diesem Falle nur eine exceptio doli verliehen; demnach müsse noch weit eher das gleiche Verfahren bei der b. p. contra tab. Platz gegriffen haben: habe doch bei dieser überall keine Aufhebung eines Rechts durch neues Civilrecht vorgelegen, nur der Prätor habe das Recht des Civilerben inhaltlos gemacht.

Es ist nicht zuzugeben, daß der Gegensatz der Versagung der Klagen und der Gewährung einer exceptio auf dem von Leist betretenen Wege richtig bestimmt werde[21]). Beide Rechtsformen kommen mehrfach bei dem nämlichen Rechtsverhältniß neben einander vor, ohne daß die actionum denegatio an einer Vorschrift des Civilrechts einen Anhalt fände[22]). Vielmehr ist zu sagen, daß die Denegation der

---

18) l. 15 D. h. t. und arg. l. 25 D. de bon. libert. 38. 2.

19) l. 15 D. de O. et A. 44. 7. l. 2 D. de exc. rei jud. 44. 2. Ueber das Ganze Leist II S. 23—27.

20) Huschke in Richter's krit. Jahrbb., Jahrg. 1839 S. 18. Leist, Forts. II S. 89. 90.

21) Vergl. zum Folgenden Keller, Civ.-Proc. § 36 bei Anm. 390. Rudorff, Rechtsgesch. II § 70. Bethmann-Hollweg, röm. Civ.-Proc. II S. 215 f. Bekker, Actionen II S. 21 f.

22) Vergl. z. B. *a*. l. 21 § 9 D. de recept. qui arbitr. 4. 8. *b*. l. 28 D.

Klagen, abgesehen von ihrer Verwendung zur Bestrafung einer Partei oder zur Erzwingung eines bestimmten Verhaltens derselben, da eintrat, wo der klägerische Anspruch sich entweder von vorn herein als unbegründet erwies, oder wo er in Folge einer vom Prätor angestellten Sachuntersuchung oder auf Grund einer liquiden Einrede oder wegen der Erfüllungsbereitschaft des Beklagten als unbegründet erfunden wurde. Der exceptio doli blieben dann die Fälle, in denen die Prüfung des vom Beklagten vorgebrachten Einwands dem Geschwornen vorbehalten wurde. — Ich nehme danach keinen Anstand, mich bei der auf die bon. poss. contra tabulas bezüglichen Frage der in unserer Zeit durch Schmidt (S. 97, besonders Anm. 97) vertretenen Ansicht anzuschließen, daß der Notherbe je nach Befund der Sache durch Versagung der Klagen oder durch Exception geschützt wurde.

Hatte aber nicht der prätorische Notherbe auch die *hereditatis petitio possessoria* und konnte er sich nicht dieser Klage gegen den Testamentserben bedienen? Leist hat in jüngster Zeit seine schon früher ausgesprochene Ansicht, daß diese für den bonor. possessor aufgestellte Erbschaftsklage erst zu Diocletian's Zeit entstanden sei, von Neuem zu begründen gesucht[23]); indessen ist ihm die Beweisführung, soviel ich sehe, nicht gelungen. Es bleibt wahr, daß die beiden im Digestentitel V. 5 neben einander gestellten Aussprüche von Ulpian und Gajus unverdächtige Zeugnisse für das Bestehen der Klage in der classischen Zeit bilden[24]); auch darf man sich nicht dazu verstehen, mit Leist das in Anwendung auf den Erbbesitzer in drei weiteren Stellen — l. 13 pr. D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 3 § 13 D. de Carb. ed. 37. 10 l. 5 § 1 D. de his quae ut indign. 34. 9 — vorkommende „hereditatem petere“ theils für das interdictum Quorum bonorum, theils (beim letzten Fragment) als Bezeichnung des materiellen Einforderns der Erbschaft zu nehmen, bei welchem die formelle Construction der Klage nicht in Betracht gezogen wäre[25]). Namentlich

---

de nox. act. 9. 4 einerseits und l. 17 § 2 D. de usufr. 7. 1 anderseits. *c.* l. 7 und l. 9 pr. D. de jurej. 12. 2. *d.* l. 34 und l. 40 D. sol. matr. 24. 3.

[23]) Forts. II S. 288—308, verglichen mit bon. possessio II. 2 S. 16—63. S. 234. 235.

[24]) Darüber namentlich Arndts, Beiträge S. 52—55.

[25]) Julian. l. 13 D. cit.: — scriptus heres ei *hereditatem petenti* cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare —. Ulp. l. 3 § 13 cit.: —

die beiden ersten von diesen Stellen scheinen mir das Vorkommen der hereditatis petitio possessoria in der classischen Zeit bestimmt darzuthun: die l. 13 cit., weil der von ihr nach dem ursprünglichen Text anerkannte Anspruch auf Mancipation der zum Nachlaß gehörigen res mancipi [26]) über die Grenzen des die bloße Erlangung des Besitzes bezweckenden interdictum Quorum bonorum hinausreicht, — die l. 3 § 13 cit. wegen der in ihr enthaltenen Gegenüberstellung der Universalklage des bonor. possessor (eben der possessoria hereditatis petitio) und des Civilerben. Mit Recht ist auch darauf hingewiesen, daß ein Rechtsmittel nach Art der hereditatis petitio dem prätorischen Erben unentbehrlich war [27]): der reiche Gehalt an persönlichen Ansprüchen, der die Erbschaftsklage kennzeichnet, fand im Interdikt nicht Raum. Dieses Bedürfniß kann unmöglich bis zu Diocletian's Zeit auf Abhülfe gewartet haben. — Wir gelangen demnach zu dem Ergebniß, daß in der That der prätorische Notherbe mittelst der erwähnten Erbschaftsklage dem Testamentserben das Vermögen abfordern konnte. Und dafür gewährt l. 13 cit. ein bestimmtes Zeugniß [28]).

Im Eingang dieses Paragraphen wurde bei Besprechung der Aufstellungen von Leist über das Wesen der b. p. contra tabulas besonderes Gewicht auf den Umstand gelegt, daß Letztere eine Gesammtnachfolge begründet. Zur Ergänzung dieses Satzes ist jetzt anzuführen, daß die an der contra tabulas Theil nehmenden Descendenten, übergangene wie eingesetzte, die Erbschaft zu den Theilen erhalten, die ihnen zukommen mußten, wenn sie als sui zur gesetz-

quod si coeperit aut *hereditatem petere* quasi bonorum possessor Carbonianus aut singulas res —. Paul. l. 5 § 1 cit.: — tamen, si is ejus condicionis fuerit visus, ut optinere hereditatem non possit, et jure intestati ad eos cognatos pertinet, *petere hereditatem ipso jure poterunt* —. Auf die gleichfalls in diesem Zusammenhange angeführte l. 1 C. Quor. bon. 8. 2 ist kein Gewicht zu legen; der hier allein in Betracht kommende Eingang der Stelle kann von der Erbschaftsklage des Civilerben verstanden werden.

[26]) Vergl. dazu das S. 149 bei Anm. 16 Gesagte.

[27]) Vergl. Vangerow II § 509 Anm. 1 unter III.

[28]) So Schmidt S. 100 Anm. 112. — In Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht hat *Rudorff*, edict. § 59 ohne Bedenken in seine Restitution des Edicts die formula petitoria der besprochenen Klage sowie die neben dieser stehende sponsio praejudicialis aufgenommen.

lichen Erbfolge gelangt wären[29]). Daß unter den mehreren Notherben Anwachsung stattfindet, wurde früher bemerkt[30]).

§ 24.

B. Verhältniß der bonorum possessio contra tabulas zu den Successionsgründen.

Im Zusammenhang mit der im § 23 unternommenen Feststellung des Wesens der bon. poss. contra tabulas steht der Streit über deren Stellung in der Lehre von den Successionsgründen[1]). Eins scheint mir hier von vorn herein klar: es darf nicht gefragt werden, wie das meist geschieht, ob die b. p. contra tab. gesetzliche Erbfolge begründet. Denn darauf kann weder mit einem reinen Ja, noch mit einem reinen Nein geantwortet werden. Vielmehr ist zu sagen, ob dieselbe einen eigenthümlichen, gleichmäßig von der testamentarischen wie von der gesetzlichen Erbfolge zu unterscheidenden Successionsgrund darstellt, oder ob sich nur jene beiden Successionsgründe in ihr vermischt zeigen. Faßt man den Gegenstand der Untersuchung in solcher Weise, so ergibt sich die Entscheidung leicht; die Frage hat grade darum eine verwickeltere Gestalt angenommen, weil sich in manchen auf sie bezüglichen Erörterungen unvermerkt an die Stelle der Successionsgründe die dem prätorischen Recht angehörigen Begriffe der bon. poss. secundum tabulas und intestati geschoben haben. Daß die b. p. contra tab. nicht intestati, insbesondere nicht bon. poss. Unde liberi sein kann, fällt in die Augen. Das Edict verheißt die bon. poss. intestati nur da, wo ein nach prätorischem Recht gültiges Testament nicht vorhanden oder doch die bon. poss. aus dem Testament nicht gesucht ist[2]). Daher darf ein Erbbesitz, der wie die contra tabulas ein vom Prätor als gültig behandeltes Testament voraussetzt und doch vor der testamentarischen Erbfolge

---

[29]) l. 1 § 1. l. 8 § 14. l. 11 § 1 D. h. t.

[30]) Vergl. § 21 unter II bei Anm. 16.

[1]) Zu vergleichen sind Förster S. 381—387. Bluntschli S. 60—65. Francke S. 136 f. Mühlenbruch S. 45—52. Uhrig, über die Wirkung der bonor. possessio contra tabulas S. 21—27. Schmidt S. 87 f., besonders Anm. 67.

[2]) § 3 J. de bon. poss. 3. 9. Modest. l. 1 § 1 D. quis ordo 38. 15.: sive tabulae testamenti non exstent, sive exstent, si *secundum eas* vel *contra eas* bonorum possessionem nemo accipit, *intestati* detur (datur? *Momms.*) bonorum possessio.

angeboten wird, so zwar daß bei nicht erbetener contra tabulas noch immer eine bon. poss. secundum tabulas möglich ist, nicht für eine bon. poss. intestati ausgegeben werden[3]). In der That ist es im System der bonor. possessio feststehender Satz, daß es drei Hauptgruppen gibt, in denen ein Erbbesitz angetragen wird: die contra tabulas, die secundum tabulas und die intestati[4]).

Allein diese Eintheilung läßt für die Erfassung des Wesens der b. p. contra tab. die doppelte Möglichkeit bestehen: entweder ist diese eine selbständige Successionsart, oder sie stellt sich nur als eine Mischung der testamentarischen und der gesetzlichen Erbfolge dar, die das Besondere hat, daß sie vor Beiden, soweit dieselben sich gegen einander gesondert halten, angetragen wird. In Wahrheit ist dieser letzten Auffassung der Vorzug zu geben. Genauer: an erster Stelle erscheint die prätorische Notherbfolge als eine zu Gunsten der übergangenen und weiterhin der eingesetzten Notherben eröffnete gesetzliche Erbfolge; indessen läßt sie die Möglichkeit zu, daß neben dieser der letzte Wille für eine Reihe von Anordnungen — darunter auch Erbeseinsetzungen — in Geltung bleibt[5]).

Daß einer solchen Annahme keine Schwierigkeit aus den Ausdrücken „bon. poss. secundum tabulas“ und „intestati“ erwächst, erscheint handgreiflich, sobald man bei diesen Wendungen, wie soeben hervorgehoben wurde, den Ton darauf legt, daß die eine die reine testamentarische, die andere die reine gesetzliche Erbfolge bezeichnet. Noch weniger aber steht unserer Auffassung mit Rücksicht darauf ein Anstand entgegen, daß die gesetzliche Erbfolge erst in Ermangelung der testamentarischen einzutreten pflegt. So sehr wir diesen Satz soeben in Anwendung auf

---

[3]) Dies wird besonders ausgeführt von Förster und Bluntschli.

[4]) Dafür sind außer den Stellen der Anm. 3 Ulp. fragm. tit. 28. Paul. l. 6 § 1 D. de bon. poss. 37. 1. Bonorum possessionis beneficium multiplex est: nam quaedam bonorum possessiones competunt *contra voluntatem*, quaedam *secundum voluntatem* defunctorum, nec non *ab intestato* habentibus jus legitimum vel non habentibus —.

[5]) Ich halte es demnach für verfehlt, wenn man die b. p. contra tabulas als einen besonderen Successionsgrund bezeichnet. So Francke S. 136 f. Mühlenbruch S. 51. Uhrig S. 23. S. 25 f. Sachlich steht übrigens Mühlenbruch der von mir vertheidigten Auffassung sehr nahe. — Eben um des Umstandes willen, daß in der contra tab. die testamentarische Erbfolge sich sehr leicht zur gesetzlichen hinzugesellt, erklärt es sich, wenn dieselbe in § 3 J. de bon. poss. 3. 9 eine bonorum possessio „ex testamento“ genannt wird.

die *bon. poss. intestati* für berechtigt erklärten, so wenig bezeichnet er ein wesentliches Merkmal im Begriff der gesetzlichen Erbfolge. Er wird im Gebiet der Notherbfolge verlassen bei der Berechtigung der civilen Accrescenzerben und bei der bon. poss. contra tabulas des Patrons, in gewissem Sinne auch bei der Querel, — überall mit Recht, weil die Grundsätze des Notherbenrechts sich entgegen dem letzten Willen (selbst wo dieser an sich gültig) Recht verschaffen.

Der zu unternehmende Beweis unsrer auf die b. p. contra tabulas der Descendenten bezüglichen Behauptung hat die Gesammtnachfolge von den Nebenverfügungen des Testaments zu trennen:

A. Gesammtnachfolge. Indem wir von der Eintheilung der Successionsgründe ausgehen, ist zu sagen: das Civilrecht kennt deren nur zwei. Denn nach ihm ist der Begriff der gesetzlichen Erbfolge lediglich auf die negative Thatsache gestellt, daß es zu einer Erbfolge aus dem Testament nicht kommt. In diesem Sinne lehrt Gajus (II. 99):

Ac prius *de hereditatibus* dispiciamus, quarum duplex condicio est: nam vel *ex testamento* vel ab intestato ad nos pertinent[6]).

Eben diese Unterscheidung sieht Ulpian l. 1 pr. D. si tabulae 38. 6 schon in den zwölf Tafeln betont, wenn er ausführt:

Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione ejus qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, *eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est:* fuit enim ordinarium ante de judiciis testantium dein sic de successione ab intestato loqui.

Für diesen rein contradictorischen Gegensatz hat aber vor Allem das keine Bedeutung, ob der thatsächlich erklärte letzte Wille von Anfang an ungültig ist, oder ob ihm nur die Wirksamkeit entzogen wird. In der That läßt sich vom testamentum destitutum nur sagen, daß es unwirksam geworden ist[7]).

Demnach besteht von dieser Seite gewiß kein Hinderniß, das prätorische Institut der b. p. contra tab. in jene zweigliedrige Eintheilung einzuordnen. Eben so wenig aber versagt diese in dem

---

[6]) Vergl. dann noch § 6 J. per quas pers. 2. 9. pr. J. de her. quae ab int. 3. 1. *Schrader* ad § 6 J. cit. et ad pr. J. cit.

[7]) So wenigstens die Erbeseinsetzung, mag auch bezüglich der Nebenverfügungen von einer aus dem Wegfall der Einsetzung folgenden Ungültigkeit gesprochen werden. Vergl. Windscheid III § 563 Num. 2.

andern Falle, wo die Erbfolge nur theilweise — zu einem Bruchtheil des Vermögens — der Herrschaft des letzten Willens entzogen wird. Es kommen dann bei dem einigen Nachlaß beide Successionsgründe neben einander zur Geltung. Für das Gebiet des civilen Notherbenrechts bezeugen das die Erbfolge der Accrescenzerben und das durch die querella inofficiosi testamenti vermittelte Pflichttheilsrecht: dort muß, hier kann zu einem Bruchtheil des Nachlasses gesetzliche, zu einem andern testamentarische Erbfolge eintreten. Auf dem Boden des prätorischen Rechts begegnet die gleiche Erscheinung zunächst im Pflichttheilsrecht des Patrons und des Parens Manumissor (darauf komme ich im zweiten Abschnitt dieser Abhandlung); einen weiteren, demselben Boden entsprungenen Beleg gewährt unsre bon. poss. contra tabulas der Descendenten.

Freilich wird nicht allgemein zugegeben, daß diese b. p. contra tabulas bei der in Frage stehenden theilweisen Aufrechthaltung des Testaments mit den genannten drei Instituten des civilen und prätorischen Rechts auf eine Linie zu stellen sei. Insbesondere sucht Uhrig zu zeigen (S. 23 f.), daß diese Aufrechthaltung bei unserm Institut eine spezifisch andere sei, als bei den übrigen erwähnten Gestaltungen der Notherbfolge, insbesondere bei der querella inofficiosi testamenti. Bei dieser wäre von einer solchen Aufrechthaltung des Testaments blos da zu reden, wo der Anspruch nur gegen einen Theil des Testaments gerichtet wäre; die contra tabulas bon. possessio aber wäre stets gegen das ganze Testament gerichtet: blieben also trotzdem einzelne Theile des Testaments stehen (genannt sind Enterbungen und Pupillarsubstitutionen), so beruhte dies darauf, daß hier das Testament in Kraft bliebe.

In dieser Ausführung tritt deutlich die Voraussetzung zu Tage, es könnten bei der contra tab. b. p. bestimmte letztwillige Nebenverfügungen an dem an sich gültigen Testament einen Halt finden, auch wenn kein Testamentserbe erwirbt. Davor hätte schon der Umstand warnen sollen, daß in dem gedachten Falle ein selbständiger Grund der Unwirksamkeit des Testaments gegeben ist, — die Destitution desselben. In der That ist jene Annahme schlechthin zu verwerfen. Von der Enterbung wird es deutlich in den Quellen gesagt, daß sie bei ausbleibender Antretung hinfällig wird[8]); das Gleiche

[8]) l. 20 pr. D. h. t. 37. 4. l. 12 § 5 D. de bon. libert. 38. 2.

muß — entgegen einer sehr verbreiteten Meinung — von der Pupillarsubstitution behauptet werden. Von dieser wird unter B (bei den Nebenverfügungen), ausführlicher im § 29 unter III gehandelt werden.

Der mögliche Erfolg der prätorischen Notherbfolge ist ein so vielgestaltiger, daß hier in kurzen Zügen der Antheil gezeichnet werden muß, welcher dem einen wie dem andern der beiden allgemeinen Successionsgründe bei jenem Erfolge zukommt, — ein Punkt, der andernfalls bei der Darstellung der Wirkungen der contra tabulas b. p. klar gelegt werden müßte. Der Uebersichtlichkeit wegen gebe ich dabei in den Anmerkungen auch für solche Sätze die Beweise an, welche schon an früherer Stelle dargelegt sind.

1. Ohne Bedenken nehme ich, wie schon angedeutet wurde, bei einer Classe der im Gebiet der b. p. contra tab. begegnenden Descendenten gesetzliche Erbfolge an: bei den im Testament übergangenen liberi. Sie stellen sich in den schärfsten Gegensatz zum Testament; für ihre Erbberechtigung können sie dieses nicht anrufen.

2. Nach meinem Dafürhalten findet aber auch gesetzliche Erbfolge in der Person der im Testament eingesetzten Notherben statt, sofern diese die bon. poss. commisso per alium edicto nachsuchen. Zwar könnte man meinen, es verschaffte sich hier im Gewande der b. p. contra tabulas die testamentarische Erbfolge Eingang[9]; kommen doch unter den eingesetzten Descendenten auch solche zu dieser abgeleiteten contra tabulas, welche überall nicht an der prätorischen Erbfolge der Classe Unde liberi Theil haben: ich meine die in einer fremden (der Adoptiv-) Familie stehenden Kinder[10]. Allein diese Annahme ist sicher zu verwerfen: es darf für keinen unter den die *b. p. contra tabulas* agnoscirenden Erben testamentarische Erbfolge angenommen werden. Sieht man vorerst ab von den soeben erwähnten Kindern in der Adoptivfamilie, so steht es nach den Quellen fest, daß die eingesetzten Notherben die contra tabulas b. p. nur erhalten, wenn sie nicht auf Grund des Testaments antreten[11]).

---

[9]) Noch weiter geht mit Andern Förster S. 385. Er hält zwar an dem Satze fest, daß es nur die zwei Successionsgründe der testamentarischen und der gesetzlichen Erbfolge gibt, aber er will die contra tabulas vollständig der Ersteren zuweisen. Andere Stimmen für diese Auffassung bei Uhrig S. 23.

[10]) Vergl. § 4 J. de exher. lib. 2. 13. § 10 J. de her. quae ab int. 3. 1.

[11]) Afric. l. 14 pr. D. h. t. Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum

Und wie hierin ein scharfer Gegensatz gegen die Nachfolge aus dem Testament ausgeprägt ist, so tritt der gleiche Gegensatz in dem andern Satze zu Tage, daß die erbetene contra tabulas in die b. p. secundum tabulas umgewandelt wird, wenn sie nur vom eingesetzten, nicht auch vom übergangenen Notherben nachgesucht ist[12]).

Einen ferneren Beweis gewährt die Behandlung der Vermächtnisse. Greift der eingesetzte Notherbe, neben welchem ein anderer die bon. poss. contra tabulas nachsucht, zur Antretung auf Grund des Testaments, so muß er alle ihm auferlegten Vermächtnisse leisten[13]). Sucht er dagegen die b. p. contra tabulas (commisso per alium edicto) nach, so trifft ihn nur die besondere Leistungspflicht wegen der Vermächtnisse an Eltern und Kinder, wie sie das mit jener bon. possessio verknüpfte Edict über die Vermächtnißleistung vorschreibt[14]). Dieser Gegensatz und der Umstand, daß gerade mit Hinblick auf denselben in l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. nur bei dem aus dem Testament erbenden Notherben die Haftung wegen der Vermächtnisse darauf gegründet wird, „quia plena fruatur voluntate", beweist schlagend, daß der eingesetzte Notherbe, wenn er zur bonor. possessio commisso per alium edicto gelangt, überall nicht so angesehen wird, als sei er Erbe auf Grund des Testaments.

Was sodann die einer Adoptivfamilie angehörigen Kinder angeht, so hindert zwar bei ihnen die Antretung der testamentarischen Erbschaft die Agnition der b. p. contra tab. nicht, aber es wird doch von ihnen gesagt, daß sie nicht anzutreten brauchen[15]). Ferner werden bei allen kraft der contra tabulas erbenden liberi die Erbtheile nicht nach den Anordnungen des Testaments, sondern nach den gesetzlichen Erbtheilen bemessen, welche den einzelnen Descendenten bei vorausgesetzter Suität zufallen müßten[16]). Daher darf auch be-

---

expressum sit, tamen non posse eum petere bonorum possessionem respondit, quia judicium patris secutus sit —. Vergl. noch wegen des testamentarischen Erbtheils l. 3 § 15 l. 10 § 3 D. h. t., wegen des entsprechenden Satzes in Ansehung der Vermächtnisse l. 3 § 16. l. 15 D. h. t. l. 5 § 2 D. de legat. praest. 37. 5.

[12]) l. 14 pr. l. 15 § 1 D. de legat. praest. 37. 5.

[13]) l. 14 pr. D. h. t. l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. Wegen der abweichenden l. 15 § 1 D. eod. vergl. § 26 unter II B.

[14]) l. 16 D. cit. l. 14 pr. l. 15 § 1 citt.

[15]) Ulp. l. 10 § 1—3 D. h. t. l. 10 § 1 cit.: — nec (enim del. Momms.) exigimus, ut adeat hereditatem, sed sufficit, ut ei delata sit adquirique possit.

[16]) l. 8. § 14 verb. mit l. 1 § 1. l. 11 § 1 D. h. t.

züglich der in Adoption gegebenen Kinder nur gesagt werden: ihre Einsetzung im Testament bildet für das Edict den Beweggrund, um dessen willen ihnen ungeachtet des Mangels descendentischer gesetzlicher Erbberechtigung die prätorische Notherbfolge eröffnet wird. Eine Erklärung der Thatsache dieser Zulassung wird weiter unten versucht werden.

Das bisher Beigebrachte sollte den Gedanken zurückweisen, als könnte bei diesen zur Notherbfolge gerufenen Descendenten von einer Succession aus dem Testament die Rede sein; positive Beweise dafür, daß gesetzliche Erbfolge vorliegt, werden nach Darstellung von zwei andern Classen concurrirender Erben vorgelegt werden.

3. Die gesetzliche Erbfolge, welche für die zwei besprochenen Classen behauptet wird, will ich um des sogleich hervorzuhebenden Gegensatzes willen als qualifizirte bezeichnen. Zur Erklärung dient das im Eingang von 4 zu Bemerkende. Neben den Erben dieser beiden Classen können andere stehen, welche lediglich auf Grund des Testaments —, wieder andere, welche kraft der reinen gesetzlichen Erbfolge succediren. Zunächst von den Ersteren. Zu ihnen gehören die eingesetzten Notherben, welche den Erwerb kraft Testaments der bon. poss. contra tab. vorziehen[17]); sodann die eingesetzten exceptae personae ohne Notherbenrecht (Eltern, Kinder u. s. f.), denen vermöge einer aus dem edictum de legatis praestandis herausgewachsenen Rechtsbildung die ihnen vom Erblasser zugedachten Erbtheile in gewissem Umfange erhalten werden. Von diesen beiden Classen von Testamentserben wird in den §§ 25 und 28 näher gehandelt werden[18]). — Hinzugekommen ist seit Mark Aurel ein Fall der Erbfolge von extranei heredes: sind weibliche Notherben vorhanden, so erlangen diese auch im Wege der b. p. contra tabulas nur so viel, als ihnen das Accrescenzrecht gewähren würde; im Uebrigen bleibt die Erbfolge der eingesetzten Erben stehen.

4. Der reinen gesetzlichen Erbfolge entspricht sachlich die Stellung des übergangenen Haussohnes sowie des postumus suus schon

---

[17]) Afric. l. 14 pr. D. h. t.: illud observandum, ut praetor eum, qui heres institutus adierit, *in eam partem qua scriptus sit tueri debeat*, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset —. l. 15 § 1. l. 16 D. de legat. praestand. 37. 5. l. 10 D. de collat. bon. 37. 6.

[18]) Vergl. einstweilen l. 5 § 6. l. 6. l. 7 D. de legat. praest. 37. 5.

da, wo diese die b. p. contra tab. nachsuchen. Denn dieselben bleiben — anders als die übrigen zur contra tabulas gelangenden Notherben — von aller Vermächtnißleistung frei [19]). Indessen können sich solche übergangene sui auch der Theilnahme an der b. p. contra tabulas ganz enthalten, indem es für die Begründung ihrer Ansprüche ausreicht, daß sie nach Civilrecht zufolge der aus ihrer Uebergehung sich ergebenden Nichtigkeit des Testaments ipso jure gesetzliche Erben sind [20]).

Der Weg der gesetzlichen Erbfolge allein aber eröffnet sich den enterbten Notherben in folgenden Fällen.

Zunächst wenn Uebergehung eines (andern) suus vorliegt. Gehört dieser zu den im Eingang dieser Nummer bezeichneten sui, so daß seine Uebergehung das Testament nach Civilrecht vernichtet, so kommt das dem enterbten suus wie Emancipirten zu gut, wenngleich das prätorische Recht das Testament zur Begründung der b. p. secundum tabulas wie contra tabulas ausreichen läßt. Der enterbte suus wird ipso jure gesetzlicher Erbe; ferner steht nicht nur ihm, sondern auch dem Emancipirten die bon. poss. intestati offen [21]).

Die gleiche Hülfe eröffnet Tryphonin in l. 20 pr. D. h. t. dem enterbten suus im Falle des wegen ausbleibender Antretung der eingesetzten Erben hinfälligen Testaments. Treffen daher im einzelnen Fall ein übergangener und ein enterbter Notherbe zusammen, so liegt ein Widerstreit des bei dem einen und beim andern vorhandenen

---

[19]) l. 15 pr. l. 16 D. eod. — Auf den ersten Blick scheint sich ein Unterschied bei der Collation zu ergeben. Daß der präterirte suus diese fordern kann, wenn er die b. p. contra tab. agnoscirt, versteht sich von selbst. Aber hat er den Anspruch auch dann, wenn er sich blos auf sein civiles gesetzliches Erbrecht stützt? Ich stehe nicht an, dies zu bejahen; spricht doch Scävola in l. 10 D. de collat. 37. 6 die Collation dem eingesetzten suus zu, der sich die testamentarische Erbfolge genügen läßt. Und wenn nach Tryphon. l. 20 § 1 D. h. t. dem enterbten suus, der nach Destitution des Testaments zur gesetzlichen Erbfolge kommt, nicht conferirt werden soll, so wird dafür ausdrücklich geltend gemacht, daß der Enterbte überall nicht zur contra tabulas berufen war. Vergl. wegen der l. 10 cit. Fein, Collation S. 83 f.

[20]) Paul. l. 15 pr. D. eod. Is qui in potestate est praeteritus — et non petita bonorum possessione intestati hereditatem optine(re)t —. l. 13 C. de jure delib. 6. 30.

[21]) Ulp. l. 1 § 9 D. si tabulae 38. 6. Si emancipatus filius exheres fuerit, is autem qui in potestate fuerat praeteritus, emancipatum *petentem ab intestato bonorum possessionem* unde liberi tueri debet praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset. l. 32 D. de lib. 28. 2.

Interesse an der Frage des Erwerbs des Testamentserben vor, — ein Umstand, der leicht, wie l. 20 cit. hervorhebt, den einzelnen Notherben zu Verhandlungen mit dem Eingesetzten Behufs der Beeinflussung seiner Entschließung bestimmen wird[22]). Was Tryphonin vom enterbten *suus* sagt, wird man auf den enterbten Emancipirten übertragen dürfen[23]). Leist bestreitet dies, weil — in dem allein interessirenden Fall der l. 20 pr. cit. — der Erbbesitz mit der einmal ertheilten contra tab. b. p. definitiv vergeben sei. Allein damit wird doch nur die Regel betont, daß die Agnition der bon. poss. aus einer vorstehenden Classe den folgenden Classen den Zugang zum Erbbesitz verschließt. Müssen aber Ausnahmen anerkannt werden — davon am Schluß dieses Paragraphen —, so ist aller Anlaß vorhanden, den besprochenen Fall ihnen zuzuzählen.

Bezüglich der soeben unter 3 und 4[24]) dargestellten Classen von Erben erscheint eine weitere Ausführung Behufs der Beurtheilung der Frage nach dem Verhältniß der contra tabulas zu den Successionsgründen nicht erforderlich. Dagegen ist bezüglich der unter 1 und 2 besprochenen Erben, damit aller Notherben, welche zur b. p. contra tab. kommen, der bisher allein geführte negative Beweis, daß ihnen eine testamentarische Erbfolge nicht zuzuschreiben ist, jetzt zu ergänzen: es ist auszuführen, daß ihre Succession wirklich die Bedeutung der Intestaterbfolge hat. Hier dient zunächst zum Beweise, daß der Prätor bei der Ausbildung der b. p. contra tab. in weitem Umfange dem Vorbild des Civilrechts gefolgt ist. Seine Notherbfolge hält im Wesentlichen die Vorschriften des Civilrechts über Einsetzung und Enterbung fest, sie zeigt auch bei der Bestimmung der berechtigten Personen einen vollständigen Parallelismus mit der civilen Notherbfolge. Denn wie nach dieser die erste civile Intestat-

[22]) Ausführlich über die l. 20 pr. cit. Mühlenbruch **37** S. 10—14. Schmidt S. 103 f. Anm. 122. Leist, Forts. II S. 64—70. (Zu der von Schmidt empfohlenen Aenderung der Interpunktion liegt eine ausreichende Veranlassung nicht vor.)

[23]) So Schmidt a. a. O. Anm. 122 a. E. Dagegen Leist S. 70 Anm. 99.

[24]) Außer Betracht bleibt für jetzt der Fall, wo zwar die b. p. contra tabulas durch Uebergehung eines Notherben begründet, aber nur eine bon. poss. commisso per alium edicto nachgesucht ist. Davon, daß hier der bonor. possessor lediglich als Testamentserbe behandelt wird, — l. 14 pr. l. 15 § 1 D. de legat. praest. 37. 5 verbunden mit l. 17 D. de injusto 28. 3, — wird im § 26 unter II A (bei Anm. 15) und unter II B zu reden sein.

classe der sui, so ist bei der bon. possessio (mit Ausnahme der singulären Zulassung der in der Adoptivfamilie stehenden liberi) die erste prätorische Intestatclasse der liberi zur Notherbfolge berufen. Nun ist die civile formelle Notherbfolge ohne Zweifel gesetzliche Erbfolge — nicht allein bei vorliegender Uebergehung eines Haussohns oder postumus suus, was wegen der Nichtigkeit des Testaments selbstverständlich, sondern auch, wie wir im § 4 unter III darzulegen suchten, bei der Uebergehung eines Accrescenzerben: danach wird sich auch sagen lassen, daß die bon. poss. contra tabulas den gleichen Gedanken zu verwirklichen bestimmt ist.

Ohne Frage ist ja auch die Thatsache allein, daß die an der b. p. contra tabulas Theil habenden Descendenten identisch sind mit den liberi, wie sie zur ersten Classe der prätorischen Intestaterbfolge gerufen werden, ein Beweis dafür, daß jene bonor. possessio den Notherben entgegen dem Testament die gesetzliche Erbfolge defesirt. Eine Reihe von Sätzen unterstützt dies. Bemerkt ist schon, daß die Erbtheile so bemessen werden, als kämen die Notherben als sui zur gesetzlichen Erbfolge[25]; ferner beziehen sich gleichmäßig auf Letztere wie auf die Notherbfolge, aber auch nur auf Beide, die Collation[26] (bis auf das Novellenrecht), sowie das Edict de conjungendis cum emancipato liberis ejus[27]. In ihrer Entstehung sind auch die missio ventris nomine und das Carbonianische Edict auf die bei der contra tab. b. p. und der bon. poss. Unde liberi in Frage kommenden Descendenten beschränkt gewesen[28].

Zu würdigen sind jetzt noch die Gründe, welche der von uns vertheidigten Construction entgegengestellt werden. Von diesen ist bereits erledigt die Berufung auf die Ordnung, in welcher die bon. possessio den einzelnen Erbclassen angeboten wird. Zum Theil ist auch schon von dem Einwurfe gehandelt, daß gewisse, nicht zu Gunsten von Notherben getroffene Verfügungen des letzten Willens ungeachtet der bon. poss. contra tabulas in Geltung bleiben[29]. In

[25]) Vergl. die Stellen in Anm. 16 (S. 158).

[26]) Ulp. 28. 4. Collat. XVI. 7 § 2. l. 20 § 1 D. h. t. l. 1 C. de collat. 6. 20. Vergl. auch l. 17 C. eod.

[27]) l. 1 pr. § 2 l. 3 D. de conjung. 37. 8. l. 1 § 7. l. 5 D. si tabulae 38. 6.

[28]) Vergl. l. 1 pr. § 2. § 11—13 D. de ventre in poss. 37. 9. l. 1 pr. § 3—5 l. 3 pr. D. de Carbon. ed. 37. 10. Schmidt, Notherbr. S. 70 Anm. 13.

[29]) Neben den auf S. 156 besprochenen Ausführungen von Uhrig kommen hier die Bemerkungen von Förster S. 383 und Mühlenbruch S. 47 in Betracht.

dieser Beziehung sind, da wir hier von der Gesammtnachfolge handeln, nur noch zwei Punkte zu besprechen; sie dürfen nicht übergangen werden, weil in ihnen Unterschiede in der Zusammensetzung der berechtigten Personen bei der prätorischen Notherbfolge und der bon. poss. Unde liberi begegnen. Der eine ist die Aufrechthaltung der Enterbungen[30]) im Fall der Antretung der Erbschaft durch mindestens einen Testamentserben, — der andere ist die Zulassung der im Testament eingesetzten, in fremder Familie stehenden Descendenten des Erblassers.

Die Erhaltung der Enterbungen bereitet unsrer Ansicht keine Schwierigkeit, sie ist lediglich Folge davon, daß das Testament ungeachtet der b. p. contra tab. in Geltung bleibt. Mit Rücksicht hierauf verweist auch das prätorische Recht den Enterbten auf die Querel[31]).

Die Verleihung der bon. poss. commisso per alium edicto an die in der Adoptivfamilie stehenden eingesetzten Kinder ist entschieden eine Anomalie vom Standpunkt der gesetzlichen Erbfolge; aber zu betonen ist, daß sie eine eben so große Anomalie ist vom Standpunkt der Notherbfolge[32]). Denn diese ruft hier Descendenten, auf die sich die an den Erblasser gerichtete alternative Vorschrift des Einsetzens oder Enterbens nicht bezogen hat: fehlt doch denselben die Eigenschaft von liberi. Suchen wir zu bestimmen, aus welchem Grunde diese Descendenten zur prätorischen Notherbfolge zugelassen sind; damit wird zugleich gezeigt sein, warum bei ihnen vom Mangel gesetzlicher Erbberechtigung abgesehen ist.

Ihre Aufnahme unter die Notherben dürfte auf zwei Gründen ruhen. Zunächst sprach für ihre Zulassung die Rücksicht auf das enge Band der Blutsverwandtschaft, — eine Rücksicht, der der Erblasser

---

30) Wegen ihres Zusammenhangs mit der Erbfolge sind die Enterbungen schon hier bei der Gesammtnachfolge zu erledigen. Vergl. auch das bei Anm. 8 Gesagte (S. 156).

31) Ulp. l. 8 pr. D. h. t. Non putavit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, sicuti nec jure civili testamenta parentium turbant: sane si velint inofficiosi querellam instituere, est in ipsorum arbitrio. l. 10 § 5. l. 20 pr. D. eod.

32) Darum bildet diese Erscheinung für die Ansicht, welche die bon. poss. contra tab. für einen eigenthümlichen Successionsgrund erklärt, eine eben so große Schwierigkeit, wie für uns. Denn auch diese Ansicht nimmt einen Gegensatz der prätorischen Notherbfolge zur testamentarischen an.

selbst durch ihre Erbeseinsetzung Rechnung getragen hatte[33]). Sie erklärt, warum man sie nicht völlig von der Erbfolge ausschloß; aber warum wurden sie durch die Zulassung zur bon. poss. contra tab. vor andern liberi und parentes ausgezeichnet, denen das Edict de legatis praestandis Hülfe gewährte? Der Grund liegt darin, wie mir scheint, daß bei ihnen, abgesehen von der Thatsache, die sie von der väterlichen Gewalt des Erblassers befreit hatte, die Voraussetzungen desselben unmittelbaren Gewaltverhältnisses vorlagen, wie sie bei den sui gegeben waren. Nun fingirte man ja auch bei den Emancipirten die Suität, es kann daher nicht befremden, wenn man dieselbe Fiction auf jene Descendenten anwandte. Damit gewann man zugleich den Maßstab ihres Erbtheils, an dem es sonst, da sie nicht zu den liberi gehörten, gefehlt haben würde. Daß in der That so verfahren wurde, ersehen wir aus Ulp. l. 8 § 14 D. h. t.[34])

Indem man sich aber auf solche Weise über den Mangel ihrer Eigenschaft als liberi hinwegsetzte, war auch das Bedenken bei Seite gesetzt, daß sie, obwohl nicht gesetzliche Erben, zu der durch die b. p. contra tab. begründeten qualificirten gesetzlichen Erbfolge Zutritt erhielten.

Noch ist hier einem möglichen Einwurfe gegen unsre Auffassung zu begegnen. Man behauptet, für die bon. poss. contra tab. kommen auch nach neuestem Recht nur die *liberi* des classischen Rechts in Frage[35]): danach stimmte der Kreis der zur Notherbfolge gelangenden Descendenten nicht mehr mit dem Descendentenkreise überein, welchem gesetzliche Erbberechtigung zusteht[36]). In Wirklichkeit begründet auch

---

[33]) Ulp. l. 8 § 11 D. h. t. In adoptionem datos filios non summoveri praetor voluit, modo heredes instituti sint, et hoc justissime eum fecisse Labeo ait: nec enim in totum extranei sunt. —

[34]) l. 8 § 14 cit.: praetori enim propositum est, — eas partes unicuique liberorum tribuere, *quas* intestato patre mortuo *in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset:* et ideo sive emancipatus sive is qui in potestate(m) mansit *sive in adoptionem datus* ex minima parte heres scriptus sit, non redigitur ad eam portionem, ex qua institutus est, sed virilem accipit.

[35]) Vergl. Vangerow II § 472 Anm. unter III.

[36]) Man darf nicht sagen, daß der bemerkte Unterschied in den Personenkreisen allererst durch die Nov. 118 begründet sei: schon vor diesem Gesetz gab es auch bei der Beerbung von Männern Descendenten mit gesetzlicher Erbberechtigung, welche nicht zu den liberi gerechnet werden konnten: es waren dies die von Töchtern herrührenden Enkel. Vergl. l. 12 C. de suis et legit. 6. 55, verbunden mit l. 4 C. Th. de legit. her. 5. 1 (= l. 9 C. J. de suis et legit. 6. 55). §§ 15. 16 J. de her. quae ab int. 3. 1. Nov. 18 c. 4.

das kein Bedenken. So jedenfalls nicht für Alle, welche das Fortbestehen einer bon. poss. contra tab. neben dem Recht der Nov. 115 leugnen, und dieser Ansicht schließen wir uns an. Aber auch vom Standpunkt Derer, welche die fortdauernde Geltung der bon. poss. contra tab. annehmen, ist lediglich zu sagen, daß zu dieser nur eine bevorzugte Classe der descendentischen Intestaterben gelangt. Das kann nicht hindern, daß die Notherbfolge für solche Nachkommen noch immer die Bedeutung einer gesetzlichen Erbfolge hat. Zudem ist es doch klar, daß wir von einer Novelle Justinian's keine Aufschlüsse für eine Untersuchung über das Wesen einer der ersten Kaiserzeit angehörigen Schöpfung des prätorischen Rechts zu erwarten haben.

B. Nebenverfügungen des Testaments. Hier ist Einiges aus der in den §§ 25—29 folgenden Darstellung vorwegzunehmen. Aufrecht erhalten werden gegenüber der prätorischen Notherbfolge die Vermächtnisse an Eltern und Kinder bis zum Gesammtbetrage einer Virilportion, das Vermächtniß der Dos an Frau und Schwiegertochter des Erblassers, soweit eine Dos geschuldet wird, die Freilassungen und Vormundsernennungen unter der Voraussetzung der Antretung der Testamentserben, — so jedoch, daß bei der Vormundsernennung regelmäßig wohl trotz ausbleibender Antretung Bestätigung erfolgte. Nach unsrer Annahme bleibt auch die Pupillarsubstitution nur bestehen, wenn ein Erwerb der Erbschaft aus dem Testament eintritt.

Um gegenüber diesen Sätzen unsre Annahme rücksichtlich der Stellung der bon. poss. contra tab. im Gebiet der Successionsgründe zu rechtfertigen, bedarf es nur weniger Bemerkungen. Wir nahmen qualificirte gesetzliche Erbfolge der Notherben an, weil man die Möglichkeit bestehen ließ, daß für eine Reihe von Anordnungen — darunter auch Erbeseinsetzungen — der letzte Wille in Geltung blieb. Es bedarf daher nur des Nachweises, daß ein Bestehen von letztwilligen Verfügungen, wie sie soeben beschrieben wurden, neben der gesetzlichen Erbfolge rechtlich möglich ist. Hier genügt es bezüglich der Vormundsernennungen, daß wir auf deren im § 29 unter II zu besprechende weitreichende Selbständigkeit — selbst gegenüber der Ungültigkeit des Testaments — verweisen. Bei den Freiheitsertheilungen und der Pupillarsubstitution ist auf die verwandte Erscheinung im Recht der querella inofficiosi testamenti

aufmerksam zu machen[37]). Bezüglich der Vermächtnisse bieten Analogien das Rechtsverhältniß der civilen Accrescenzerben[38]), sodann die bon. poss. contra tab. des Patrons, der bis auf Justinian die Vermächtnisse an Kinder des Freigelassenen gelten lassen mußte[39]).

Uebrigens ist von dem die Vermächtnißfrage bei der b. p. contra tab. der Descendenten regelnden edictum de legatis praestandis zu sagen, daß dasselbe singulär ist. Dies zeigt seine Beschränkung auf bestimmte bevorzugte Bedachte, — mehr noch der Umstand, daß die Vermächtnisse auch dann erhalten bleiben, wenn die Testamentserben die Erbschaft nicht antreten, — vor Allem der Satz, daß selbst die einem einzelnen im Testament gerufenen Notherben auferlegten Vermächtnisse stets zu Lasten der sämmtlichen an der contra tab. bon. poss. Theil habenden Notherben erhalten bleiben[40]).

Hiernach wird man die Belastung der prätorischen Notherben mit den beschriebenen Vermächtnissen als positive Satzung behandeln müssen, wie man auch über das Verhältniß der contra tabulas zum System der Successionsgründe denken mag.

Oben in den Nummern 1—4 wurde gezeigt, in welcher Weise die prätorische Notherbfolge dahin führen kann, daß neben einander qualificirte und reine gesetzliche sowie testamentarische Erbfolge Platz greifen. Dies führt auf die streitige Frage, ob der Prätor gleichzeitig die bonorum possessio aus verschiedenen Classen ertheilte, somit neben der b. p. contra tab. die secundum tabulas oder die intestati. Ohne Zweifel war der Regel nach eine solche Häufung unzulässig[41]); eben so bestimmt aber ist zu sagen, daß sie ausnahmsweise — bei vorhandenem wirklichem Bedürfniß — Platz griff[42]). Wir werden daher allerdings bestreiten müssen, daß ein im Testament

[37]) Vergl. § 50 unter I. 2 und 3.

[38]) Davon § 4 unter III (S. 18).

[39]) l. 4 pr. D. de cond. et dem. 35. 1. vergl. mit l. 64 (66) § 3 D. ad SC. Trebell. 36. 1. l. 1 § 2 D. si quid in fraud. patr. 38. 5. l. 4 § 16 C. de bon. libert. 6. 4. Dazu Schmidt, Pflichtth.-R. S. 78 f. S. 82.

[40]) l. 14 § 1 D. de legat. praest. 37. 5.

[41]) Papin. l. 42 § 2 D. de bon. libert. 38. 2. — sine dubio qui sequentis gradus sunt non admittentur interim: cum enim praecedit alia possessio, qui sequitur accipere non potest. l. 12 D. de Carb. ed. 37. 10. l. 2 pr. D. de b. p. sec. tab. 37. 11. l. 1 § 2 D. si tabulae 38. 6.

[42]) Dafür Schmidt S. 105. 106. Schirmer I S. 56—61.

eingesetzter Notherbe, dem die bon. poss. commisso per alium edicto offen stand, damit namentlich auch das neben einem übergangenen Notherben durch das Testament gerufene Kind in fremder Familie, die bon. poss. secundum tabulas erhielt, so lange es überhaupt zur contra tabulas kommen konnte. Aber ein sicheres Beispiel der angegebenen Häufung gewährt der in l. 32 D. de lib. 28. 2. l. 1 § 9 D. si tabulae 38. 6 behandelte Fall des enterbten Emancipirten, neben welchem ein übergangener suus stand. Dem Letzteren war die bon. poss. contra tab. nicht abzuschneiden, er konnte sie überdies nachsuchen, bevor der Emancipirte sich für die Geltendmachung der gesetzlichen Erbberechtigung entschied. Umgekehrt durfte man dem Emancipirten die bon. poss. Unde liberi, die den einzigen Weg zur Verwirklichung seiner Erbberechtigung bildete, nicht versagen. Nicht minder bestimmt läßt sich auf den eingesetzten Erben verweisen, dem ein lediglich nach prätorischem Recht gültiges Testament zur Seite stand, der daher auch nur mittelst der bon. poss. secundum tabulas zur Erbfolge gelangen konnte: wurde gegen einen solchen Erben in der Zeit nach Mark Aurel die bon. poss. contra tabulas von einem weiblichen Notherben gesucht, so mußten die contra tabulas und die secundum tab. bon. poss. einander begegnen.

C. Einfluß der bonorum possessio contra tabulas auf die Vermächtnisse.

§ 25.

1. Bedeutung des edictum de legatis praestandis. — Die bei den betreffenden Vermächtnissen in Betracht kommenden Personen*).

I. Wenn der Prätor den Notherben in der für sie begründeten Gesammtnachfolge der bon. poss. contra tab. ein Mittel gewährt hat, den gesammten Nachlaß an sich zu ziehen, so hat er damit im Grundsatz anerkannt, daß die Notherbfolge die im Testament angeordneten Vermächtnisse vereitelt. Indessen ist in einem besonderen Edict eine umfangreiche Ausnahme aufgestellt: betrachten wir hier zunächst das Verhältniß dieser Vorschrift zum letzten Willen. Nach Ulpian, l. 1 pr. D. de legat. praest. 37. 5, hatte das Edict bestimmt,

> ut *qui judicia patris rescindunt* per contra tabulas bonorum possessionem, *ex judicio ejus quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent* —.

---

*) Leist, Forts. II S. 46—53.

So wenig nun anerkannt werden kann, daß durch die contra tab. bon. poss. der letzte Wille im Ganzen ungültig würde, so wenig darf an sich — das hebt Leist nachdrücklich hervor — ein Ungültigwerden der Vermächtnisse angenommen werden. Allerdings erlöschen diese, wenn das Vermögen in Folge des Ausfallens sämmtlicher Testamentserben an den gesetzlichen Erben kommt[1]); findet aber der Erwerb der Erbschaft aus dem Testament statt, so werden die eingesetzten Erben zur Vermächtnißleistung verpflichtet. Indessen wird die Erbschaft diesen Erben durch den Notherben entwehrt[2]); in Folge dessen sind den Vermächtnißnehmern die Klagen zu versagen, oder diese werden durch exceptio doli beseitigt. So nach regelmäßigem Recht. Dagegen tritt nun auf Grund der positiven Vorschrift des Edicts de legatis praestandis für die durch dieses begünstigten Eltern und Kinder, für die Ehefrau oder Schwiegertochter, der ihre Dos vermacht ist, ein Anspruch auf Vermächtnißleistung gegen die Notherben ein.

Dieser Zusammenhang ist treffend von Leist dargestellt; nur in Einem Punkte müssen wir diesem Gelehrten widersprechen. Derselbe meint (S. 52), sofern die Testamentserben angetreten haben, finde in Anwendung auf die bevorzugten Vermächtnisse ein (passiver) Uebergang der Verbindlichkeit auf den Notherben statt —, ein transire actiones. Das ist gewiß unzutreffend. Die Last des durch den letzten Willen des Erblassers den Testamentserben auferlegten Vermächtnisses wird nicht in irgendwelcher Rechtsform auf den kraft gesetzlicher Erbberechtigung eintretenden Notherben übertragen. Vielmehr entsteht in der Person des Letzteren eine neue Verpflichtung gegen den Vermächtnißnehmer: tritt diese doch ganz unabhängig von der Antretung des Testamentserben in's Leben.

Uebrigens gehen auch die vom Edict ausgezeichneten Vermächtnisse auf den Notherben nur über, wenn sie gültig errichtet sind[3]).

---

[1]) In diesem Sinne wird in l. 3 § 7 D. de legat. praest. 37. 5 von einem (legata) *non deberi* gesprochen, der zunächst angegebene Grund der Erbittung der contra tabulas aber in l. 4 D. eod. näher dahin ausgeführt, daß die eingesetzten Erben thatsächlich um der zu erwartenden Agnition der bonor. possessio willen von der Antretung Abstand nehmen. Vergl. dann noch l. 28 (27) § 6 D. ad SC. Trebell. 36. 1.

[2]) l. 13 D. de b. p. co. tab. 37. 4.

[3]) Ulp. l. 3 § 7 D. de legat. praest. 37. 5. Ea autem legata sola praestant, qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, *quae utiliter data sunt*.

Weiter bleibt der Uebergang ausgeschlossen, wenn die sämmtlichen Erben, welche nach dem letzten Willen als Beschwerte gelten konnten, vor dem Erblasser mit Tode abgehen[4]). Und das Gleiche ist zu sagen, wenn nach dem Tode des Erblassers die Erbschaftsantretung der Testamentserben nicht etwa blos wegen fehlenden Erwerbswillens derselben, sondern in Folge eines äußeren Hindernisses unterbleibt, welches auch ohne die Notherbfolge die Ungültigkeit des Vermächtnisses wegen Destitution des Testaments zur Folge gehabt hätte. Dies wird in Anwendung auf die dem einzelnen Grade auferlegten Vermächtnisse anerkannt beim Versterben der Beschwerten vor erklärtem Antritt[5]), sowie bei der Deficienz der ihrer Einsetzung zugefügten Bedingung[6]): was aber vom einzelnen Grade gilt, muß auch da Platz greifen, wo es nach dem Inhalt des Testaments an einer Person fehlt, welche als Beschwerter an die Stelle des zunächst belasteten Erben treten könnte. — Ich komme auf diese Fälle im § 26 zurück, wo ich die Leistung der Vermächtnisse in Anknüpfung an das Vorhandensein einer Mehrheit von Graden erörtere.

Folge des Eintritts der Notherben als Beschwerter in die Stelle der Testamentserben ist noch dies. Ist einem bevorzugten Vermächtnißnehmer ein Vermächtniß unter der Bedingung einer Leistung an den Testamentserben oder auch an einen Dritten ausgesetzt, so ist die Bedingung nun in der Person des Notherben zu erfüllen[7]).

II. Näher in's Auge zu fassen sind die Personen der Vermächtnißnehmer und der Beschwerten[8]).

A. Wenn das Edict den bedachten Eltern und Kindern in gewisser Ausdehnung den Anspruch gegen die Notherben ertheilt, so sind jene Personenclassen in weitestem, lediglich durch die Blutsverwandtschaft gekennzeichneten Umfange zu nehmen. Es kommt weder Gradesnähe noch der Umstand in Betracht, daß zwischen dem Bedachten und dem Erblasser noch Mittelspersonen stehen; ebensowenig wird Abstammung durch Männer gefordert. Berechtigt sind auch die in

---

[4]) Ulp. l. 10 § 2 D. eod. — quod si neque ex primo gradu neque ex secundo quisquam in rebus fuerit humanis, cum testator moritur, tunc ab intestato magis bonorum possessionem praeterito filio competere *nec legata cuiquam praestanda* —.

[5]) l. 10 § 2 cit. in f.

[6]) l. 13 D. eod.

[7]) l. 15 § 4 D. eod. Vergl. Schmidt S. 130 Anm. 206.

[8]) Francke S. 146. 148—150. Schmidt S. 127—134.

fremder Familie befindlichen leiblichen Descendenten —, Adoptivkinder dagegen nur so lange, als die Agnation und damit die Cognation besteht[9]). Entscheidend ist der Zeitpunkt des dies cedens[10]). Wie auf der einen Seite persönliches Bedenken des Verwandten[11]), wäre es auch nur durch fideicommissarische oder sonstige Auflage an einen Dritten[12]), so ist anderseits eine Zuwendung erforderlich, die dem Vortheil des Verwandten selbst zu dienen bestimmt ist[13]). — Schmidt und Leist[14]) heben in verschiedener Weise bei der Besprechung des Edicts den Umstand hervor, daß ähnlich bei der Querel die berechtigten Personen an der Hand der Blutsverwandtschaft bestimmt werden; indessen ist hier eine Uebereinstimmung der Personenkreise selbst dann nicht zu gewinnen, wenn man das bei der Querel stattfindende Nachrücken der entfernteren Blutsverwandten auf Grund der Succession in Rechnung bringt.

Neben den Vermächtnissen an die Eltern und Kinder schützt das Edict das Vermächtniß der Dos an die Frau oder Schwiegertochter[15]). Dieser Schutz reicht nur so weit, als wirklich ein Anspruch auf die Dos besteht[16]); er setzt beim Vermächtniß der Dos an die Schwiegertochter voraus, daß dieselbe zur Zeit des dies cedens, [„mortis tempore" in l. 10 § 1 D. h. t. ist ungenauer Ausdruck] gefordert werden kann[17]). Auch das Vermächtniß anderer Vermögensstücke an Stelle

---

9) Ulp. l. 1 § 1 D. de legat. praest. 37. 5: — sed ita demum, si jura cognationis sunt inter eos. l. 1 § 2 D. eod. — vel etiam adoptivi, dummodo maneant liberi. l. 25 § 1. 2 D. eod. l. 7 D. de conjung. 37. 8. *Postumi* l. 1 § 3 D. de legat. praest. 37. 5. Nicht Geschwister: l. 3 § 1 eod.

10) Tryphon. l. 24 D. eod.: — et placet sufficere in ea necessitudine tunc esse, quando dies legati cedit.

11) Ulp. l. 3 § 2 D. eod. — ceterum si servo eorum fuerit adscriptum vel subjectae juri eorum personae, non debetur —.

12) l. 3 § 5. 6 D. eod.

13) l. 3 § 4 D. eod. Item si quis ex his personis rogatus sit restituere extero —, dicendum non esse *legatum* praestandum —.

14) Fortſ. III S. 153.

15) l. 1 pr. D. de legat. praest. 37. 5.

16) l. 8 § 3. l. 15 § 3 D. eod. Dem Wortlaut nach widersprechend Paul. l. 9 D. eod. Sed et si plus sit in legato quam in dote, dabitur illis actio. Wir schieben mit der Ausgabe von Mommsen hinter „in dote" die Worte ein: „usque ad id quod est in dote".

17) l. 10 § 1 D. eod. Vergl. l. 22 § 8. l. 24 pr. D. sol. matr. 24. 3. Schmidt S. 134 Anm. 221.

der Dotalsachen ist unter das Edict gezogen, nur muß der Wille, daß das Zugewendete zur Erstattung der Dos dienen soll, genügend erklärt sein[18]).

B. Auch Vermächtnisse, welche den aus eigener Person oder in Folge der Uebergehung eines andern Notherben zur b. p. contra tab. berechtigten Descendenten hinterlassen sind, werden zu Lasten der prätorischen Notherben in Geltung erhalten, — ein Rechtssatz, der in den Quellen in Verbindung mit dem Edict de legatis praestandis abgehandelt wird[19]). Zu fragen ist dabei, ob solche Vermächtnisse der im § 28 zu erörternden Beschränkung der Zuwendungen an sonstige liberi und an parentes unterliegen. Dies kann erst an jener Stelle untersucht werden, im Zusammenhang mit der gleichen für die Erbeseinsetzung aufzuwerfenden Frage. Dagegen ist hier an den im § 22 (S. 140 f.) vorgekommenen Satz zu erinnern, daß der Notherbe, welchem die bon. poss. contra tabulas deferirt ist, zu wählen hat, ob er diese bonor. possessio nachsuchen oder die ihm als Erben oder Vermächtnißnehmer im Testament gemachte Zuwendung erwerben will: der eine Erwerb schließt den andern aus[20]).

III. Während Ulpian in l. 1 pr. D. de legat. praest. 37. 5. die Vermächtnißleistung Denjenigen zuschiebt, „qui judicia patris re-

[18]) Ulp. l. 8 § 6 D. h. t.: — dum tamen hoc nominetur, quod pro dote relinquitur. Schmidt S. 134 Anm. 123. — Die Ausgabe von Mommsen deutet die Möglichkeit an, daß der Text durch falsche Auflösung von Siglen verderbt, von Ulpian aber geschrieben sei: dum tamen *hereditas eo non minuetur*, quod" cet. Zugestimmt hat Leist, Forts. III S. 154 Anm. 65. Allein so sinnreich Mommsen's Vorschlag ist, so scheint mir doch zu einer Textesänderung keine Veranlassung zu bestehen; insbesondere ist das „nominare" in der vorliegenden Bedeutung vollkommen üblich. Vergl. Gaj. II. 104. IV. 11. 46. l. 63 § 1 D. de C. E. 18. 1.

[19]) Sicher ist auf einen Notherben zu beziehen l. 1 § 2 D. de legat. praest. 37. 5: Liberos autem etiam eos ad legatorum petitionem admittimus, qui — sunt — *adoptivi*, dummodo maneant liberi. Vergl. dann noch l. 5 § 2 (Anm. 20). l. 18. 19 D. eod. l. 3 § 16. l. 14 pr. l. 15 D. h. t. 37. 4.

[20]) Ulp. l. 5 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. Omnibus autem liberis praestari legata praetor voluit exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem praetor dedit ex causis supra scriptis: nam si dedit bonorum possessionem, non putat legatorum eos persecutionem habere. Constituere igitur apud se debet, utrum contra tabulas bonorum possessionem petat an vero legatum persequatur: si elegerit contra tabulas, non habebit legatum: si legatum elegerit, eo jure utimur, ne petat bonorum possessionem contra tabulas. Vergl. auch l. 18 § 2 D. h. t.

scindunt per contra tabulas bonorum possessionem", werden in einer Reihe anderer Stellen als Verpflichtete geradezu die Personen bezeichnet, qui contra tabulas bonorum possessionem acceperunt [21]). Die richtige Angabe ist nicht diese letzte, sondern die erste, wie dies mit Recht Schmidt (S. 127 f.) hervorgehoben hat. Denn gewisse übergangene sui (der Haussohn, postumus suus) bleiben, da ihre Uebergehung das Testament nach Civilrecht vernichtet, und da sie in Folge dessen ipso jure gesetzliche Erben werden, auch bei erbetener b. p. contra tab. zu ihrem Theil von der Vermächtnißleistung frei [22]). Anders ist es nur da, wo ausnahmsweise das Civilrecht dem suus nicht hilft, wohl aber das prätorische Recht [23]).

Die Vermächtnißlast trifft die sämmtlichen Notherben, wem immer das Vermächtniß im Testament auferlegt sein mochte, — so namentlich auch da, wo ein einzelner im Testament eingesetzter, dann zur contra tabulas gelangter Notherbe der Beschwerte war [24]). — Dabei ist die Leistungspflicht nicht davon abhängig, daß die Eingesetzten den Willen der Antretung erklären: das Recht hat zu Gunsten der Vermächtnißnehmer erwogen, daß die Testamentserben bei in Aussicht stehender Notherbfolge und danach zu erwartender Entziehung der Erbschaft vom Erwerb abstehen werden [25]).

Es können jetzt zwei mit II und III zusammenhängende Aeusserungen der Quellen erklärt werden; die eine betrifft den Anspruch

---

21) Ulp. l. 3 § 7 D. de legat. praest. 37. 5. Ea autem legata sola praestant *qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt* —. Ulp. l. 10 § 2 D. eod. Non omnia — legata praestare *eum* oportet *qui contra tabulas petit* —. Marcell. l. 25 § 1 D. eod. — tuendus tamen exemplo parentium et liberorum, quibus legata praestare coguntur *qui bonorum possessionem contra tabulas acceperunt.* Tryphon. l. 20 § 3 D. h. t. Sed *qui accepit contra tabulas bonorum possessionem,* — *praestat* legata ea parte testamenti data —.

22) l. 15 pr. l. 16 D. de legat. praest. 37. 5.

23) l. 8 § 5 D. h. t. l. 12 § 1 D. eod. Vergl. § 23. S. 147. — Ueber die Accrescenzerben Schmidt a. a. O.

24) l. 14 § 1 D. de legat. praest. 37. 5.

25) Ulp. l. 3 § 7 D. de legat. praest. 37. 5. Ea autem legata sola praestant qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae — idcirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit (Julian. l. 4:) cum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, cum scirent emancipatum aut petisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem. l. 11—13 D. eod. l. 20 § 3 D. de b. p. co. tab. 37. 4.

der zur contra tabulas b. p. berufenen Descendenten auf die ihnen ertheilten Vermächtnisse, die andere die Haftung solcher Descendenten für Vermächtnisse an personae exceptae.

a. Papin. l. 22 D. de legat. praest. 37. 5. Bonorum possessione contra tabulas testamenti praeterito emancipato filio data, scriptus heres alter filius, qui possessionem accepit vel jure civili contentus non accepit, legata praecipua non habebit.

Die Stelle scheint allgemein dem eingesetzten Notherben, der mit Verschmähung der b. p. contra tab. die Erbschaft aus dem Testament antritt, das Prälegat abzusprechen[26]). Indessen dürfte das Papinian's Meinung nicht sein. Fest steht nur soviel: der eingesetzte Notherbe, der die testamentarische Erbschaft wählt, wird in diesem Erwerb vom Prätor geschützt mit Rücksicht darauf, daß er auch die bon. poss. contra tab. nachsuchen konnte[27]); doch erhält er auf keinen Fall mehr, als er im Wege der Letzteren erlangt haben würde[28]). Allein daraus läßt sich der Wegfall des Prälegats nur dann ableiten, wenn der neben diesem vom Erblasser ausgesetzte Erbtheil dem mittelst der contra tabulas zu erlangenden gesetzlichen Erbtheile gleich kommt. Auf eben diesen Fall wird man in der That den Ausspruch in l. 22 cit. zu beschränken haben. Man gewinnt diesen Sinn bei den von Papinian gebrauchten Worten ohne Weiteres, wenn man auf das „legata *praecipua* non habebit" den Ton legt. Der aus dem Testament erwerbende Notherbe soll in den Prälegaten keinen Vorzug vor den übrigen an der bon. poss. betheiligten Personen genießen; ein solcher aber würde ihm zu Theil werden, wenn er gleich ihnen den vollen Betrag des gesetzlichen Erbtheils und daneben noch die Vermächtnisse erhielte.

b. Von einem Vorvermächtniß handelt auch African in l. 18 D. eod.[29]), einer Stelle, zu deren Ergänzung die Compilatoren in

---

[26]) So versteht anscheinend die Stelle Leist, Forts. III S. 116 f. Anm. 36 a. E. S. 164 Anm. 73 a. E.

[27]) Vergl. einstweilen l. 15 § 1 in f. D. de legat. praest. 37. 5. l. 10 D. de collat. bonor. 37. 6.

[28]) l. 14 D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 15 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 8 D. de collat. bon. 37. 6.

[29]) Vergl. *Cujac.* ad Afric. tract. IV ad h. l. — I. 1322 f. Förster S. 430—434.

l. 19 cod. eine kurze Aeußerung desselben Juristen angehängt haben. Der Thatbestand ist dieser. Ein Haussohn und neben diesem ein in der Gewalt des Großvaters verbliebener Enkel von einem übergangenen emancipirten Sohne sind je zur Hälfte zu Erben eingesetzt, der Enkel ist zudem mit einem Vorvermächtniß bedacht. Der Emancipirte und (commisso edicto) der eingesetzte Haussohn nehmen die contra tabulas, der Enkel schlägt die Erbschaft aus, indem er sich mit dem Vermächtniß begnügt. Bei der Frage nach der Vermächtnißleistung nahm die eine Ansicht an, dieselbe treffe nur den eingesetzten Haussohn, da die Notherbfolge zu einer Minderung seines Erbtheils nicht geführt, der Emancipirte aber mittelst der b. p. contra tab. nur den Erbtheil seines Sohnes erlangt habe, — den Theil, welcher nicht gültig (weil zu Gunsten des bedachten Erben selbst) mit dem Vermächtniß beschwert sei. African entscheidet, es könne umgekehrt der Enkel nur den Emancipirten (seinen Vater) in Anspruch nehmen, auch diesen nicht auf mehr als auf ein Viertel des ganzen Vermögens. Zur Erklärung dieser Beschränkung dient l. 19 cit.:

— quia, et si omnes petissent bonorum possessionem, *semis nepotis inter eum et patrem ejus divideretur.*

Hier ist zunächst zu erklären, warum nicht entsprechend der Regel in l. 14 § 1 D. de legat. praest. 37. 5 (vergl. unsern Text unter III bei Anm. 24) alle zur Erbschaft gelangenden Notherben zur Vermächtnißleistung herangezogen werden. Mit Cujaz wird man den Grund in der nämlichen Rücksicht zu finden haben, welche die Beschränkung des Vermächtnisses auf ein Viertel des Vermögens zur Folge hat. Wo ein eingesetzter Notherbe neben der von Andern ergriffenen contra tabulas die Erbfolge aus dem Testament wählt, besteht die Einschränkung, daß er auf solchem Wege nicht mehr erhält, als ihm die Notherbfolge gewährt haben würde[30]); dieselbe Schranke tritt in unserm Falle dem Anspruch aus dem Vermächtniß entgegen. Hier aber gewinnt sie um der eigenthümlichen Verbindung willen, in welche die nova clausula Julian's den emancipirten Sohn und den in der Gewalt des Erblassers zurückgebliebenen Enkel gebracht hat, einen besonderen Inhalt. Nach diesem Edict wird diejenige Erbquote, welche der jetzige Emancipirte als suus zu fordern gehabt hätte, zu

---

[30]) l. 14 pr. D. h. t. l. 15 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 8 D. de collat. bon. 37. 6.

gleichen Hälften an ihn und seinen erwähnten Descendenten vertheilt. Eben diesen Grundsatz betont in unserm Falle die l. 19 cit., und grade er erklärt es, daß der Haussohn als Miterbe nicht wegen des Vermächtnisses in Anspruch genommen werden kann. Denn dieser wäre auch dann, wenn der Emancipirte und der Enkel zur Notherbfolge kamen, lediglich auf die Hälfte des Vermögens beschränkt worden, die andere Hälfte wäre seinen Miterben zugekommen. Dieselbe Beschränkung aber erfährt er, wenn der Enkel abstinirt, da dessen Erbtheil ausschließlich dem Emancipirten anwächst[31]). Er kann also unbedingt verlangen, daß er nicht über dieses den Theilungsgrundsätzen bei der contra tabulas entsprechende Maß hinaus beschränkt werde.

An zweiter Stelle ist zu erklären, daß der Emancipirte zum vollen Betrage des Vermächtnisses (wenn auch mit Einschränkung auf ein Viertel des Vermögens) haften soll. Dies läßt sich, wie ich glaube, aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht ableiten: Afrikan hat zu Gunsten des Vermächtnißnehmers billig in Rücksicht gezogen, daß dessen Erbtheil in Folge seiner Entschlagung dem Vater in vollem Umfange zu gut gekommen ist.

Nach dem Bemerkten ist es nichts Regelwidriges, daß das Vermächtniß nicht von allen Notherben getragen wird. Und eben daraus, daß diese Erscheinung im Fall der l. 18 cit. durch die eigenthümliche, auf dem Edict beruhende Verbindung des Emancipirten und des von ihm abstammenden suus begründet wird, erklärt sich die abweichende Entscheidung in l. 7 in f. D. de conjung. 37. 8. Da nach dem dort entschiedenen Falle mit dem Emancipirten ein von ihm abstammender gewaltfreier Descendent desselben als Eingesetzter concurrirte, so blieb die nova clausula Julian's ohne Einfluß.

§ 26.

2. Vermächtnißleistung bei einer Mehrheit von Graden, — bei einer Mehrheit von Notherben in verschiedener Rechtsstellung.

I. Zur Erörterung des Falls, wo im Testament Substitutionen, bei den mehreren Graden aber nicht die gleichen Vermächtnisse angeordnet sind[1]), ist auszugehen von den in der Lehre von der Delation der bon. poss. contra tab. entwickelten Sätzen (§ 21 unter I. S. 136),

---

[31]) l. 1 § 12 D. de conjung. 37. 8.

[1]) Vergl. zum Folgenden Schmidt S. 135 f. Leist, Forts. II S. 53—62. vergl. mit bon. poss. II. 1. S. 175—179; auch Vangerow II § 472 unter IV. 3. D. (S. 242).

daß das prätorische Recht weder das Testament im Ganzen noch den einzelnen Grad um der vorliegenden Uebergehung eines Notherben willen als nichtig behandelt und eben deßhalb die contra tabulas dagegen begründet werden läßt[2]), — daß auch diese durch den einzelnen Grad veranlaßte Notherbfolge nicht wegfällt, wenn etwa in der Folge die in demselben gerufenen Erben ausschlagen, oder wenn diesen Erben durch ein äußeres Hinderniß (Tod, Ausfall der Einsetzungsbedingung u. s. f.) der Erwerb unmöglich wird. Für die Beurtheilung der Frage, wie in solchen Fällen die bei den einzelnen Graden vorliegenden Vermächtnißverfügungen zu behandeln sind, scheint sich eine einfache Regel in folgendem Ausspruche Ulpian's — l. 10 § 2 D. de legat. praest. 37. 5 — darzubieten:

> Non omnia, quae ab omnibus gradibus relicta sunt, legata praestare eum oportet qui contra tabulas petit, sed ea sola, *quae in eo gradu data sunt*, contra quem bonorum possessionem accepit[3]). —

In der That hat jedoch Ulpian damit nur den Erfahrungssatz ausgesprochen, daß in den meisten Fällen die Vermächtnisse eben des Grades zu leisten sind, welcher die Notherbfolge in's Leben ruft. Behält man nämlich den obigen Satz im Auge, daß die Notherbfolge begründet bleibt, wenngleich der sie veranlassende Grad nachträglich wegfällt, so sieht man leicht, wie es unter Umständen dazu kommen kann, daß durch den einen Grad die Notherbfolge veranlaßt wird, aus einem andern Grade die Vermächtnisse zu leisten sind. Denn nicht allein müssen in Folge des Ausfallens des früheren Grades die Vermächtnisse des folgenden Grades nachrücken, sondern es müssen auch die Vermächtnisse des früheren Grades in Folge eben jener Thatsache hinfällig werden, sofern sie nicht — worauf unten zurückzukommen ist — der Regel gemäß als zu Lasten des Substituten wiederholt gelten können. Im Allgemeinen beläßt ja die bon. poss. contra tab. den einzelnen Gründen einer Ungültigkeit der

---

[2]) Den Umstand, daß gewisse übergangene sui auch bei Erbittung der bon. poss. contra tab. von der Vermächtnißleistung frei bleiben, lassen wir bei der Untersuchung unter I außer Betracht.

[3]) Dieser Satz wird der Lehre zu Grunde gelegt von Schmidt; ebenso von Vangerow, doch verwendet Letzterer zugleich die meines Erachtens richtige, von Leist aufgestellte Unterscheidung des auf Seiten des Beschwerten vorliegenden Nichterwerbenwollens und Nichterwerbenkönnens.

Vermächtnisse die Wirksamkeit. Nur ein bereits früher erwähnter Satz erzeugt eine Ausnahme: das Recht hat in Betracht gezogen, daß der Testamentserbe bei bevorstehender Notherbfolge den Erbschaftserwerb meist unterlassen wird, weil ihm die Erbschaft doch nicht zu gut kommen würde: eben darum soll auf die Vermächtnißleistung der ausbleibende Erwerb der Testamentserben dann keinen Einfluß üben, wenn der Grund lediglich das Nichterwerbenwollen jener Erben ist[4]. Eine bloße Anwendung davon ist es, daß die Vermächtnisse bestehen bleiben, auch wenn der Beschwerte die von seinem Willen abhängige Bedingung der Einsetzung unerfüllt läßt[5]. Ganz anders ist es — das führt Leist in durchaus zutreffender Weise aus —, wenn der Erwerb dem Beschwerten um äußerer Ursachen willen unmöglich wird.

Die Quellen bieten die folgenden Entscheidungen über die Behandlung der bei den mehreren Graden der Erbeseinsetzung hinterlassenen Vermächtnisse.

a. Leben die im ersten Grade eingesetzten Erben zu der Zeit, wo nach erbetener *bon. poss. contra tab.* die Vermächtnißleistung gefordert wird, so sind die Vermächtnisse dieses Grades zu entrichten, auch wenn die hier gerufenen Erben sich nicht über den Erwerb erklären, ja wenn sie ausschlagen und in Folge dessen die Substituten antreten[6].

b. Versterben die Erben des ersten Grades zwar nach dem Erblasser, doch ohne sich über den Erbschaftserwerb erklärt zu haben, so ist allerdings die Notherbfolge durch diesen Grad begründet, zu leisten aber sind die Vermächtnisse des folgenden Grades[7].

---

[4] Vergl. die Nachweise im § 25 Anm. 25. — Der Satz des Textes kommt einerseits den Vermächtnißnehmern des ausfallenden Grades zu gut, anderseits hindert er das Nachrücken der Vermächtnisse des folgenden Grades.

[5] l. 13 D. de legat. praest. 37. 5.

[6] l. 11. 12. D. de legat. praest. 37. 5. In demselben Sinne sind in l. 10 § 2 D. eod. die Worte Ulpian's zu verstehen: — si quidem aliquis ex primo gradu *vivit*. Vergl. Leist S. 59 f. Anm. 85 und das sogleich in Anm. 7 Auszuführende.

[7] So deutlich die Schlußworte der l. 10 § 2 cit.: — quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem instituti decesserint, contra ipsos quidem videri petitam (sc. bonorum possessionem), verumtamen ab eis relicta legata non esse praestanda, sed quae a substitutis relicta sunt. Aber auch schon im Voraufgehenden berührt die Stelle diesen Fall in den Worten: „si vero nemo vivit eorum“. Dies zeigt der Zusammenhang des ganzen hier mitzutheilenden Satzes, welchem jene Worte angehören: (a.) — *si quidem aliquis ex primo gradu*

Vergleicht man die Grundsätze unter a. und b, so ist zu sagen, daß zunächst der Notherbe durch verzögertes Erbitten der contra tabulas die Vermächtnißnehmer des ersten Grades schädigen kann, sofern inzwischen die Erben dieses Grades sterben, — daß es aber nach erfolgter Agnition der *b. p. contra tab.* Sache der Vermächtnißnehmer ist, sich durch schleuniges Verfolgen ihrer Ansprüche gegen eine gleiche Schädigung zu sichern. Denn diese Rechtsverfolgung ist nach dem Satze unter a. durch den Erwerb der Testamentserben nicht bedingt.

c. Fällt nach dem Tode des Erblassers die der Einsetzung der Erben des ersten Grades beigegebene casuelle Bedingung aus, so sind gleichfalls die Vermächtnisse des zweiten Grades zu entrichten, während die Notherbfolge durch den früheren Grad veranlaßt bleibt[8]).

Mit einigen Worten ist noch die Frage zu berühren, wie diese Entscheidungen zu dem Satze stehen, daß die dem eingesetzten Erben auferlegten Vermächtnisse regelmäßig auf den Substituten übergehen[9]). In Betracht kommen hier nur die Fälle unter b. und c., wo das Ausfallen des früheren Grades nicht auf dem Willen der gerufenen Erben, sondern auf äußeren Umständen beruht[10]). Dabei erklären sich über die Vermächtnißleistung nur l. 10 § 2. l. 13 D. de legat. praest. 37. 5; auch von diesen Stellen aber scheidet l. 13 cit. aus: sie sagt zwar, daß bei Wegfall der Erben des ersten Grades (wegen Deficienz der casuellen Bedingung der Einsetzung) die dem Substituten

---

vivit, ea legata praestabit (sc. qui contra tabulas petit), quae liberis et parentibus a primo gradu data sunt: (b.) *sin vero nemo vivit eorum*, ea quae a sequenti —. Leist (S. 60 f.) bezieht beim ersten Fall (a.) das „si quidem aliquis — vivit" mit Recht auf den Zeitpunkt des geforderten Vermächtnisses; dagegen soll beim zweiten Fall (b.) das „si vero nemo vivit eorum" auf die Todeszeit des Erblassers gehen. Das ist meines Bedünkens bei der Art, wie Ulpian die Fälle in scharfen Gegensatz zu einander bringt, völlig unmöglich. Leist's Grund ist, daß andernfalls Ulpian denselben Fall des Versterbens des Eingesetzten nach dem Erblasser in den Schlußworten des § 2 cit., wie ich sie zu Eingang dieser Anmerkung angedeutet habe, ein zweites Mal bespräche. In der That ist das so, Ulpian kommt auf diesen Fall zurück, um hervorzuheben, daß hier die b. p. contra tab. nach wie vor durch den ersten Grad veranlaßt ist, Notherbfolge und Vermächtnißleistung also nicht an den nämlichen Grad anknüpfen.

[8]) l. 13 D. de legat. praest. 37. 5 vergl. mit l. 8 § 5 D. de b. p. co. tab. 37. 4.

[9]) l. 74 D. de leg. I° (30). l. 61 § 1 D. de leg. II° (31). l. 4 C. ad SC. Trebell. 36. 1.

[10]) Vergl. Anm. 4 und den Text dazu.

auferlegten Vermächtnisse zu leisten sind, aber sie spricht sich nicht über die Behandlung der Vermächtnisse des ersten Grades aus. — Aus Ulp. l. 10 § 2 cit. kommen zwei Aeußerungen in Betracht. Der Schlußsatz (Anm. 7 im Eing.) läßt bei Versterben der Erben des ersten Grades nach dem Erblasser, doch vor erklärter Antretung, nur die dem Substituten, nicht auch die dem ersten Grade auferlegten Vermächtnisse zum Zuge kommen. Hier setzte wohl Ulpian eine Gestaltung des Falles voraus, welche den Willen des Erblassers erkennen ließ, es sollten die vom ersten Grade hinterlassenen Vermächtnisse nicht auf den zweiten, mit andern Vermächtnissen beschwerten Grad übergehen[11]). Vielleicht dient aber auch zur Erklärung, daß Ulpian hier einen Ausspruch Julian's referirt: zur Zeit dieses Juristen bestand der nach den Stellen der Anm. 9 durch Rescript von Sever und Caracalla begründete Satz noch nicht, daß der Substitut in der Regel in die Vermächtnißlast des ersten Grades einzutreten hat[12]). Mehr Schwierigkeiten bereitet der oben auf S. 176 abgedruckte Eingang der l. 10 § 2 cit.: dort scheint gesagt zu werden, es seien stets nur die ausdrücklich einem einzelnen Grade zur Last gelegten Vermächtnisse zu leisten. Dennoch glaube ich nicht, daß Ulpian eine Ausnahme von der Regel des Rescripts behaupten wollte[13]). Man wird seine Worte auf den oben bei Anm. 4 berührten Fall beziehen dürfen, wo kein Erbe aus dem Testament antritt, weil die bon. poss. contra tabulas des Notherben bevorsteht: hier kommt es selbstredend nicht zu einer Zusammenrechnung der Vermächtnisse aller Grade, sondern nur zur Leistung der Vermächtnisse des die Notherbfolge veranlassenden Grades.

Jedenfalls ziehe ich diese Auslegung der Annahme vor, daß uns hier eine neue Regelwidrigkeit in dieser an sich schon singulären Lehre begegne.

II. Von verwickelterer Gestalt, zugleich zufolge der Beschaffenheit der Quellen mehrfach bestritten sind die Fälle einer Vermächtnißleistung, in welchen dem Bedachten eine Mehrzahl von Notherben in verschiedener Rechtsstellung gegenübersteht[14]). Vorweg

---

[11]) Vergl. l. 74 D. cit. Dazu Arndts, Forts. von Glück 47 S. 267 ff.

[12]) Vergl. l. 61 § 1 cit., in welcher der Gegensatz des Rechts aus der Zeit Julian's deutlich hervortritt.

[13]) So auch *Cujac.* rec. sol. in Dig. 37. 5 ad h. l. — VIII. 72.

[14]) Vergl. Francke S. 150—156. Mühlenbruch 37 S. 27—38, ver-

ist ein (abgesehen von einer Sonderansicht eines einzelnen römischen Juristen bei einem concreten Falle) durchgängig wiederkehrender Grundsatz zu bemerken. Der eingesetzte Notherbe, welcher neben der von andern ergriffenen b. p. contra tab. aus dem Testament erwirbt, muß stets die Vermächtnisse an alle Vermächtnißnehmer entrichten. Im Uebrigen ist es von besonderer Wichtigkeit, ob der Uebergangene ein solcher suus ist, dessen Präterition nach Civilrecht Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat, oder ein sonstiger Notherbe, der das höchste Maß rechtlichen Schutzes in der contra tab. bon. poss. findet.

A. Ist ein *suus* der erwähnten Art übergangen, so hat dieser, wie wiederholt bemerkt wurde, selbst bei von ihm erbetener contra tabulas keine Vermächtnisse zu leisten[15]); der seinem Erbtheil entsprechende Bruchtheil geht den Vermächtnißnehmern verloren[16]). Bezüglich des Falls, wo neben ihm ein Emancipirter steht, bieten die Quellen die folgenden Entscheidungen.

Ist der Emancipirte übergangen, so soll er nach einer von Paulus in l. 15 pr. D. de legat. praest. 37. 5. erwähnten Ansicht anderer nicht namhaft gemachter Juristen bei nachgesuchter b. p. contra tab. gleichfalls von der Vermächtnißleistung frei sein. Wenn dagegen der Emancipirte zum Erben eingesetzt ist, so soll derselbe nach Ulp. l. 16 D. eod. bei erbetener b. p. contra tab. commisso per alium edicto die Vermächtnisse an die exceptae personae leisten. — Man streitet noch heutzutage darüber, ob zwischen beiden in den Pandekten an einander gereihten Aussprüchen ein Widerspruch besteht. Während die eine Meinung dies leugnet (Mühlenbruch, Vangerow, — unentschieden Leist), demnach bei der Uebergehung des Emancipirten ein anderes Recht eingreifen läßt, wie bei dessen Einsetzung, ist Francke (S. 150—152) einen Widerspruch anzunehmen geneigt; dabei bezeichnet er die Ansicht in l. 15 pr. cit., die er zugleich als die des Paulus betrachtet, als die consequentere. Schmidt leugnet, daß Paulus in l. 15 cit. sich der von ihm zur Sprache gebrachten fremden Ansicht anschließe; die richtige, auch für den übergangenen Emancipirten maßgebende Entscheidung findet er in l. 16 cit.

bunden mit 36 S. 332—336. Vangerow II § 472 Anm. IV. 3. S. 241—245. Schmidt S. 129 f. und S. 140. Leist, Forts. III S. 159—163.

15) l. 15 pr. l. 16 D. de legat. praest. 37. 5.

16) Arg. l. 20 § 2 D. de b. p. co. tab. 37. 4.

Wie mir scheint, ist diese letzte Auffassung unannehmbar. Es ist doch Maxime der Compilatoren, daß die vom einzelnen Juristen ohne Widerspruch mitgetheilten fremden Ansichten als dessen eigne Meinung zu gelten haben: dieser Grundsatz wird uns auch bei l. 15 cit. leiten müssen. Allerdings fanden nach Paulus die Juristen, auf welche die l. 15 cit. hindeutet, den Grund der Befreiung des übergangenen Emancipirten darin, daß dieser durch seine Concurrenz den andernfalls das ganze Vermögen hinnehmenden suus beschränke. Und grade dieser Erwägung versagt Ulpian in l. 16 D. eod. die Kraft, dem eingesetzten Emancipirten die Vermächtnißlast abzunehmen. Daraus folgt jedoch nicht, daß nicht bei der Entscheidung der l. 15 cit. auch die besondere Lage des Präterirten gegenüber dem letzten Willen in Anschlag gebracht wäre. Diese ist in Wahrheit von Erheblichkeit. Im Präterirten sind die Grundsätze des formellen Notherbenrechts verletzt: sollte er dennoch ungünstiger gestellt sein, als der Enterbte, der doch bei gleichzeitiger Uebergehung eines suus zur gesetzlichen Erbfolge greifen kann [17]), in dieser Stellung aber nicht für Vermächtnisse aufzukommen hat? Grade um dieser Erwägung willen wird man Anstand nehmen müssen, einen Widerspruch unter den beiden Stellen anzuerkennen; sie erklären sich aus der Verschiedenheit der Thatbestände.

Hat der eingesetzte Emancipirte die Antretung auf Grund des Testaments vorgezogen, so haftet er allen Vermächtnißnehmern [18]), und das Gleiche tritt ein, wenn derselbe zwar die bon. poss. commisso per alium edicto gesucht, der suus aber seine Erbberechtigung nicht geltend gemacht hat [19]).

B. Ist die Vorschrift des Notherbenrechts nur in der Person eines Emancipirten verletzt, und steht neben diesem ein eingesetzter Notherbe (ein suus oder ein Emancipirter [20]), so kann es nur zur bon. poss. contra tab. kommen, da das Civilrecht das Testa=

---

[17]) l. 32 D. de lib. 28. 2. l. 1 § 9 D. si tabulae 38. 6.

[18]) l. 16 cit. in f.

[19]) l. 17 D. de injusto 28. 3 vergl. mit l. 14. l. 15 § 1 D. de legat. praest. 37. 5.

[20]) Bei Schmidt S. 140 werden die hieher gehörigen Stellen bei Gelegenheit der Frage wegen der Erhaltung des einer persona excepta zugetheilten Erbtheils besprochen, da Schmidt bei dieser Frage die Descendenten mit Notherbenrecht nicht von der allgemeinen Classe der liberi und parentes sondert.

ment nicht beanstandet. Haben hier beide Notherben die bon. possessio erbeten, so haften sie gleichmäßig nur den bevorzugten Vermächtnißnehmern [21]). Ist dieser Weg vom Eingesetzten allein betreten, während der Uebergangene den letzten Willen unangefochten läßt, so muß der Erstere ganz wie ein Testamentserbe allen Vermächtnißnehmern nach Verhältniß seines Erbtheils gerecht werden [22]). — Bei dem Fall, wo der Uebergangene zur contra tabulas, der Eingesetzte zum Erbschaftsantritt greift, stritten die römischen Juristen, wie Paulus in l. 15 § 1 D. de legat. praest. 37. 5 berichtet; diese Streitfrage hat sich auf unsre Quellen übertragen. Paulus — l. 15 cit. — läßt den aus dem Testament Erwerbenden gleich dem Uebergangenen nur für Vermächtnisse an die Kinder und Eltern, African dagegen — l. 14 D. de b. p. co. tab. 37. 4 — läßt ihn für alle Vermächtnisse verbindlich werden. Diese zweite Ansicht erscheint als die besser begründete: da der Eingesetzte kraft des Willens des Erblassers zur Erbfolge kommt, muß er auch diesem Willen voll genügen. Zudem wird African's Lehre unterstützt durch Ulpian, indem dieser — l. 16 D. de legat. praest. 37. 5 — dem antretenden Emancipirten die gleiche Belastung da zuschiebt, wo neben ihm ein übergangener suus steht, der die bonor. possessio nachsucht.

§ 27.

3. Uebertragung auf Schenkungen auf den Todesfall und Erbtheile.

Das Edict, welches den Eltern und Kindern des Erblassers die Vermächtnisse, der Ehefrau wie der Schwiegertochter die vermachte Dos zu Lasten des prätorischen Notherben gewährt, ist von der römischen Jurisprudenz auf Schenkungen auf den Todesfall übertragen [1]); bei der nahen Verwandtschaft mit den Vermächtnissen konnte dies nicht ausbleiben.

Aber auch einen weiteren Schritt hat man gethan, man hat die Regel der Vermächtnisse auf die den exceptae personae im Testament ausgesetzten Erbtheile angewandt [2]). An diesen Rechtssatz knüpfen

---

[21]) l. 15 § 1 D. de legat. praest. 37. 5.

[22]) l. 15 § 1 cit. l. 14 pr. D. eod.

[1]) Wann die Uebertragung erfolgt ist, lassen die Quellen nicht erkennen; sie ist bezeugt in Aussprüchen von Ulpian und Marcian, l. 3 pr. l. 5 § 7. l. 20 pr. D. de legat. praest. 37, 5.

[2]) So bei den Eltern und Kindern: l. 5 § 6—8. l. 6. 7. l. 8 pr. § 1. l. 20 pr. l. 21. l. 23. l. 25 § 1. 2 D. de legat. praest. 37. 5. l. 3. 7 D. de conjung. 37. 8; bei der Dos l. 10 pr. D. de legat. praest. 37. 5.

sich die folgenden jetzt zu erörternden Fragen. Zunächst ist seine subjective Ausdehnung zu bestimmen, — sodann ist zu sagen, in welcher Rechtsform die Zuwendung aufrecht erhalten wird, — endlich fragt es sich, wie die auf einen solchen Erben angewiesenen Vermächtnisse behandelt werden.

A. Mit voller Schärfe ist zu behaupten, daß die als Ausdehnung des *edictum de legatis praestandis*[3]) auftretende Erhaltung der Erbtheile sich nur auf solche Kinder bezieht (bei Eltern ist dies selbstverständlich), denen kein Notherbenrecht zukommt. Allerdings wird auch den Kindern mit Notherbenberechtigung, wenn sie zu Erben eingesetzt sind und die Antretung aus dem Testament der bon. poss. contra tabulas vorziehen, der Erbtheil erhalten; aber dieser Satz ist ein ganz selbständiger, nicht auf die Analogie jenes Edicts über die Vermächtnißleistung gegründeter. Da diese Ansicht in jüngster Zeit schon von Leist vertheidigt ist[4]), so kann unsre Darstellung der für sie sprechenden Gründe sich in engen Grenzen halten.

Die Uebertragung des Edicts auf Erbtheile hat sich, wie im § 28 näher anzugeben ist, erst seit Julian und einer dessen Ansicht bestätigenden Constitution von Pius vollzogen. Ist es denkbar, daß bis dahin der Prätor einen Notherben, der aus dem Testament antrat, statt sich der durch die Uebergehung eines andern Notherben begründeten contra tabulas anzuschließen, schutzlos gelassen haben sollte? Er war eingesetzt gemäß der nach civilem wie prätorischem Recht für den Erblasser geltenden Vorschrift des Notherbenrechts, und doch sollte eine lange Zeit hindurch seine Erbschaftsantretung unwirksam gewesen sein? Wie diese Unterstellung undenkbar

---

[3]) Ulp. l. 5 § 6 cit. (nach Julian): — in portione quoque hereditatis *idem quod in legato probandum* —. Tryphon. l. 7 D. eod. (nach einer Constitution von Pius:) — tueri usque ad partem virilem exemplo legatorum —.

[4]) Forts. III S. 115 f. mit Anm. 36; S. 156 f. Anm. 67 verglichen mit dem Text; S. 163—165; S. 166—168. — Von andern Schriftstellern wird zwar rücksichtlich einzelner Anwendungen der Lehre, namentlich rücksichtlich des Maßes der Erhaltung des ausgesetzten Erbtheils zwischen den eingesetzten Descendenten mit Notherbenberechtigung und den sonstigen personae exceptae unterschieden; aber man vermißt bei ihnen eine Auseinandersetzung über die Frage, ob die testamentarischen Erbtheile der Kinder mit Notherbenrecht überhaupt unter das durch Julian und Pius erweiterte Edict de legat. praest. fallen. Vergl. z. B. Förster §§ 152—154. Mühlenbruch 37 S. 22 f. S. 32—36. Francke S. 148. Vangerow II § 472 unter IV. 3. c.

ist, so kann jene mit Pius beginnende Erweiterung des Edicts über die Vermächtnißleistung hier nicht neues Recht geschaffen haben.

Zu dieser Erwägung treten bestärkend die Ausdrücke hinzu, mit denen die römischen Juristen die Aufrechthaltung der testamentarischen Erbfolge jener eingesetzten Notherben — neben der von andrer Seite nachgesuchten bon. poss. contra tabulas — bezeichnen. Es heißt:

— praetor *hac ratione* eum tuetur, *quod ex liberis est qui contra tabulas petere potuerunt*: l. 1 D. de legat. praest. 37. 5.

— hereditatem retinet *jure eo, quod bonorum possessionem petere posset:* l. 10 D. de collat. bon. 37. 6.

— (ut) praetor eum — in eam partem qua scriptus sit tueri debeat: l. 14 pr. D. de b. p. co. tab. 37. 4; ähnlich l. 15 § 2. l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 8 D. de collat. bon. 37. 6.

Nirgends dagegen findet sich eine Hindeutung darauf, daß das Edict über die Vermächtnißleistung den Rechtsgrund dieser prätorischen Hülfe bildete.

Sachlich unterscheidet sich der Erbschaftserwerb der eingesetzten Notherben von dem der sonstigen liberi (et parentes) in zwei Punkten. Der Notherbe haftet, wie unter C. noch ausgeführt werden soll, bei Wahl der testamentarischen Erbfolge trotz der concurrirenden Notherbfolge andrer Descendenten allen auf ihn angewiesenen Vermächtnißnehmern[5]); dagegen haben die gewöhnlichen personae exceptae wieder nur an conjuncti Vermächtnisse zu entrichten[6]). — Sodann findet der Umfang des dem Notherben nach dem Testament zukommenden Erbtheils seine Grenze nur in der Quote, die derselbe bei Erbittung der bon. poss. contra tabulas zu erhalten hatte; innerhalb dieses Maßes entscheidet die Ordnung des Erblassers. Die Erbtheile sonstiger conjuncti dagegen (mit Ausnahme der Erbeseinsetzung zur Rückgabe des Dos) werden insgesammt zu einer Virilportion vereinigt[7]). — Dieser zweite Unterschied ist im § 28 darzulegen.

---

[5]) l. 14 pr. D. de legat. praest. 37. 5. Dazu die Ausführungen im § 26 unter II A. und B.

[6]) Vergl. einstweilen l. 5 § 8 D. de legat. praest. 37. 5.

[7]) Vergl. einerseits l. 14 pr. D. h. t. l. 15 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 8 D. de collat. bon. 37. 6, — anderseits l. 5 § 7. l. 6. l. 7. l. 8 pr. § 1 D. de legat. praest. 37. 5. — Nach Leist bestände der weitere Unterschied, daß der Notherbe neben dem Erbtheil aus dem Testament die Prälegate nicht be-

B. Haben wir nach den Ausführungen unter A. die dem Edict über die Vermächtnißleistung gegebene Ausdehnung auf Erbtheile lediglich auf solche personae exceptae zu beziehen, welche die bon. poss. contra tab. nicht nachsuchen können, so ist nun in diesem Umfange die in der heutigen Wissenschaft mehrfach verhandelte Frage zu beantworten, ob der in Geltung erhaltene Erbtheil diese seine Natur bewahrt, oder ob er als Erbschaftsvermächtniß behandelt wird[8]). In der That ist in Anwendung auf die eingesetzten und antretenden Descendenten mit Notherbenberechtigung jeder Zweifel unberechtigt. Nicht allein wird ihre Antretung ohne Bedenken dem Erwerb auf Grund der bon. poss. contra tabulas an die Seite gestellt, es werden auch daraus die Folgerungen rücksichtlich der Vermächtnißleistung gezogen. Ebenso kommt, wenn das eingesetzte Hauskind abstinirt und dann die bon. poss. ab intestato nachsucht, während in der Person eines andern Notherben die bon. poss. contra tab. begründet ist, die Edictsvorschrift wegen arglistiger Ausschlagung zum Zweck der Vereitelung der Vermächtnisse zur Anwendung[9]).

Aber auch der Erwerb der conjuncti, die nicht zur contra tab. b. p. gelangen konnten, führt zu wahrer Erbenstellung. Die Einwendungen von Förster und Mühlenbruch sind ohne Gewicht. Ersterer beschränkt seinen Widerspruch auf den Fall, wo der Eingesetzte die civile Antretung nicht vornehmen konnte. Hier hätte man die Rechtsform des Erbschaftsvermächtnisses angewandt, weil der Prätor die bon. poss. secundum tabulas nicht neben der contra tabulas ertheilt hätte. Das ist eben für Fälle eines wahren Bedürfnisses zu bestreiten. (Vergl. den Schluß von § 24 S. 166 f.). Am wenigsten wird in der von Förster angerufenen l. 8 § 2 D. h. t. der Gedanke eines Erbschaftsvermächtnisses angeschlagen: trat im Fall der l. 8 der Eingesetzte nicht an, so war aus dem Versprechen des Notherben

---

ansprechen könnte, wohl aber ein sonstiger exceptus: l. 22 D. eod. verglichen mit l. 6. l. 8 § 1 D. eod. Nach der Auslegung, die wir der l. 22 cit. geben, müssen wir dieser Annahme widersprechen. Vergl. die Schlußbemerkung des § 25 unter a und die dort in Anm. 20 gegebenen Nachweise (S. 173).

[8]) Darüber namentlich Förster § 143. Mühlenbruch 37 S. 32—36. Schmidt S. 137—139. Uebrigens erörtern diese Schriftsteller die Frage in der Fassung, nach welcher sie auch die antretenden Notherben begreift.

[9]) l. 14 pr. D. h. t. l. 15 § 1. l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. l. 33 D. si quis omissa 29. 4.

wegen der Gewährung des Erbtheils zu klagen. — Auch Mühlenbruch behandelt eingesetzte Kinder und Eltern bei mangelnder Notherbenberechtigung als Vermächtnißnehmer: sein Grund, daß durch die bon. poss. contra tabulas die heredes extranei völlig ausgeschlossen würden, erledigt sich durch den Hinweis auf die jenen Verwandten deutlich in den Quellen eingeräumte Ausnahmsstellung.

Die Annahme wirklicher Erbeseigenschaft läßt sich nach dem Pandektenrecht nicht bestreiten[10]). Soviel hier auch von der Erhaltung der Erbtheile der liberi und parentes die Rede ist — vergl. die Stellen der Anm. 2 —, so wird doch nirgends angedeutet, daß dieselbe auf künstlichem Wege erfolgte. Weiter wird nicht allein von der Erbschaftsantretung wie vom Ausschlagen des Eingesetzten gesprochen[11]), sondern es wird auch der Ersteren die Kraft zugeschrieben, die im Testament angeordneten directen Freilassungen wirksam zu machen[12]). Unverkennbar wird auch einem solchen eingesetzten Erben die Falcidische Quart zugestanden[13]). Ein letzter Beweis wird sich uns unter C. bei der in Anknüpfung an die l. 5 § 8 D. de legat. praest. 37. 5 zu erörternden Frage nach der Behandlung der einem solchen eingesetzten Verwandten auferlegten Vermächtnisse ergeben.

C. Schon unter A. wurde vorläufig bemerkt, daß der auf Grund seiner Einsetzung antretende Notherbe unbeschränkt für alle ihm auferlegten Vermächtnisse haftet, während sonstige personae exceptae nur Vermächtnisse an *conjuncti* zu gewähren haben. Für beide Sätze sollen jetzt die Beweise beigebracht werden. Den ersten bezeugt für den Fall, wo von zwei emancipirten Söhnen der eine eingesetzt, der andere übergangen ist, und nur blos von Letzterem die contra tab. b. p. erbeten wird, African in l. 14 pr. D. de bon. poss. co. tab. 37. 4:

---

[10]) Außer Schmidt sind für diese Auffassung Francke S. 147. Leist S. 156. Wenn letzterer Schriftsteller dem so vom Prätor geschützten Erben blos eine *utilis* hereditatis petitio zugestehen will, so ist das wohl nicht begründet. Derselbe hatte in Folge seines Erbschaftserwerbs die actio directa, der prätorische Schutz bestand nur darin, daß es in diesem besonderen Falle nicht zu der sonst wegen der bon. poss. contra tabulas eingreifenden denegatio actionum oder exceptio doli kam.

[11]) l. 6. l. 8 § 2 D. de legat. praest. 37. 5; l. 21 D. eod.

[12]) l. 8 § 2 D. eod. Vergl. dazu l. 22 pr. D. si quis omissa 29. 4. l. 11 § 2. l. 23 D. de manum. testam. 40. 4.

[13]) l. 5 § 8 D. eod.

— sed illud observandum, ut praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem qua scriptus sit tueri debeat —: ut hactenus deteriorem causam suam fecerit, quod — extraneis quoque legata praestare cogatur —.

Zwar widerspricht bei der Erörterung desselben Thatbestands Paul. l. 15 § 10. de legat. praest. 37. 5: in der Stelle aber ist eine vereinzelte, im römischen Recht nicht zur Geltung gelangte Meinung zu erkennen. Ich beziehe mich wegen dieses Punkts auf § 26, a. E. (S. 182).

Denselben Satz in der Anwendung, wo ein Haussohn präterirt, ein Emancipirter eingesetzt ist, bestätigt Ulpian in l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. (aus lib. 4 disputat.):

— proinde si contra tabulas non accepit (sc. emancipatus), dicendum est tuendum eum in partem et utique liberis et parentibus legata praestaturum. *Sed an et omnibus*, dubito: tamen quia plena fruatur voluntate, *plenum et obsequium praestare testatoris judicio pro sua parte debet.*

Betrachten wir jetzt den Fall, wo der Eingesetzte zur Classe der Kinder und Eltern gehört, zur contra tab. b. p. aber nicht gelangen kann. Ich führe sofort die äußeren Beweise für und wider vor; der innere Grund, um dessen willen in der That nur solche dem exceptus aufgelegte Vermächtnisse als gültig angesehen werden können, die abermals einer persona conjuncta zugedacht sind, wird unten bei der eng verwandten Untersuchung über die Verwendung des Vermögensbetrags der einem solchen Erben nicht wirksam aufgelegten, also ausfallenden Vermächtnisse aufgezeigt werden.

Die Hauptstelle für unsre Frage ist Ulp. l. 5 § 8 D. de legat. praest. 37. 5 (aus lib. 40 ad edict.):

Is autem cui portio hereditatis conservatur, utrum omnibus an tantum exceptis personis legata cogatur praestare? *et magis probatur* exceptis solis praestanda —.

Bezöge man diesen Ausspruch auf einen eingesetzten Notherben, so träte er in Widerspruch mit der soeben mitgetheilten Aeußerung desselben Ulpian in l. 16 D. de legat. praest. 37. 5; ein solches Ergebniß wird vermieden, indem man der l. 5 § 8 cit. die von uns behauptete Beziehung gibt. Und diese hat sie bestimmt[14]). Ulpian

[14]) Für diese Ansicht Mühlenbruch 37 S. 38—41. Vangerow II § 472 Anm. unter IV. 3. f. δ. (S. 244 f.). Leist Forts. III S. 164 f. Die entgegen-

handelt in ununterbrochenem Zusammenhange in l. 5 § 6—8 D. eod. und in der nach der Inscription lediglich als Fortsetzung der l. 5 cit. zu betrachtenden l. 8 pr. § 1. 2 D. eod. vom Erbtheil eines exceptus, und dabei ist durchweg an einen Erben zu denken, dem die prätorische Notherbfolge nicht offen steht. Das zeigen die unter II. zu besprechenden Ausführungen über das Maß der Vermächtnißleistung in l. 8 pr. § 1 cit., ferner die Bemerkung der l. 8 § 2 D. eod. über die Wirkung des Protestes des Notherben gegen die Erbschaftsantretung des Eingesetzten[15]).

Zur Unterstützung der entgegengesetzten Ansicht, welche die eingesetzte excepta persona für alle Vermächtnisse haften läßt, beruft man sich noch auf l. 21 D. eod.[16]). Papinian lehrt: schlägt eine excepta persona den ihr angefallenen Erbtheil aus, so hat der mittelst der bon. poss. contra tab. eintretende (emancipirte) Sohn auch auf diesen Theil nur an *excepti* Vermächtnisse zu entrichten. Man sagt, diese Bemerkung wäre überflüssig, wenn auch der ursprüngliche Delat nur in dem gleichen Maße verpflichtet war[17]). Allein so darf,

---

gesetzte Ansicht, welche die l. 8 § 5 cit. ohne Einschränkung auf alle Descendenten und Ascendenten bezieht, die bei vorliegender Notherbfolge auf Grund des Testaments erwerben, ist trotz der damit gegebenen Annahme eines Widerspruch's Ulpian's mit sich selbst in neuerer Zeit vertreten von Francke S. 154—156. Schmidt S. 140 f. Anm. 246.

[15]) Ein weiteres Argument für die von uns angenommene Ansicht sucht Vangerow (Anm. 14 cit.) der folgenden l. 3 § 4 D. de legat. praest. 37. 5. abzugewinnen: Item si quis ex his personis (sc. exceptis) rogatus sit restituere *extero* quod sibi relictum est, dicendum non esse legatum praestandum, quia emolumentum ad eum non respicit. In der That scheint der Schluß bündig: wie hier das dem begünstigten Legatar zur Last geschriebene Fideicommiß an einen extraneus, so muß jedes dem begünstigten Erben auferlegte Vermächtniß an einen solchen Empfangsberechtigten hinfällig sein. Aber wer ist als Beschwerter in l. 3 § 4 cit. gedacht? Die Frage begegnet derselben Schwierigkeit, die uns die l. 5 § 8 cit. entgegensetzt; darum kann die eine Stelle nicht wohl zur Erklärung der andern dienen.

[16]) So Schmidt S. 140.

[17]) Einen andern, noch weniger zu billigenden Gebrauch macht Leist (III S. 163 f.) von der l. 21 cit. Er sieht in dem Rechtsverhältniß, welches nach der Stelle für den in der Hand des Notherben anwachsenden Erbtheil zur Geltung kommt, den geschichtlichen Grund für das Maß der der erbenden excepta persona selbst auferlegten Verpflichtung zur Leistung der Vermächtnisse. Zur Erklärung wird geltend gemacht, die Leistung solcher Vermächtnisse sei „eine eigentlich dem contra tab. bon. possessor obliegende" gewesen. Allein nicht nur dieser letzte

wie ich meine, nicht geschlossen werden. Papinian will bestimmen, welchen Einfluß der Uebergang des bezeichneten Erbtheils an den Notherben auf die Vermächtnisse ausübt. Dieser Einfluß hängt nicht ab von dem Rechtsverhältniß, welches im Fall des Erwerbs des Testamentserben entstanden sein würde; eben darum nimmt Papinian auf dasselbe keine Rücksicht.

Mit der jetzt verhandelten Frage steht die andere in Verbindung: wie wird der Vermögenswerth behandelt, den die neben der prätorischen Notherbfolge auf Grund des Testaments erbenden Kinder und Eltern ohne Notherbenberechtigung in Folge des Ausfalls der ihnen nach dem soeben Ausgeführten ungültig auferlegten Vermächtnisse an extranei ersparen? Darauf ertheilt der nachstehende zweite Theil der l. 5 § 8 cit. eine Antwort; — freilich geben Ulpian's Worte reichlich zu Zweifeln Veranlassung:

> nec tamen solius commodo id cedit. nam si legatis onerata sit portio tam liberorum parentiumve quam extraneorum, id quod extraneis non praestatur, liberis parentibusve profuturum non dubitamus. igitur ita demum quod extraneis non praestatur *communicatur cum eo*, qui contra tabulas petit, si non legatariis liberis parentibusve dandum sit.

Der Jurist macht die Voraussetzung, daß der Erbtheil der persona excepta sich beim Tode des Erblassers übermäßig mit Vermächtnissen an Kinder und Eltern und an dritte Personen (extranei) beschwert zeigt. In Folge davon werden alle Vermächtnisse in jenem Zeitpunkt von Rechtswegen durch das Falcidische Gesetz entsprechend geschmälert. Wird aber demnächst von andrer Seite die bon. poss. contra tab. nachgesucht, so fallen nach Ulpian's Bemerkung im ersten Theil der l. 5 § 8 cit. (vergl. S. 187) die an die dritten Personen vergebenen Vermächtnisse völlig aus. Was geschieht mit dem so ersparten Vermögenswerthe? Derselbe soll nach Ulpian den beschwerten Verwandten allein nicht zum Vortheil gereichen. Zunächst dient er dazu, die Vermächtnisse an Eltern und Kinder wieder bis zum ursprünglich bestimmten Betrage aufzubessern; was übrig ist, soll der Eingesetzte zwischen sich und dem Notherben,

---

Satz, sondern auch die obige Ansicht, die auf ihn gegründet wird, ist zu bestreiten. Die Regel in l. 21 cit. und die Grundsätze über die Leistung der Vermächtnisse Seitens der erbenden Kinder und Eltern sind von einander unabhängig. Mehr davon weiter unten im Text.

der die bon. poss. contra tab. nachgesucht hat, zur Theilung bringen. Eben dieses „*communicari*“ ist es, was der Auslegung Schwierigkeiten bereitet [18]). Geht man von der unter B. zurückgewiesenen Ansicht aus, daß der conjunctus als Eingesetzter die Stellung eines Erbschaftsvermächtnißnehmers einnimmt, so muß man jenen nach der Entrichtung der Vermächtnisse an Eltern und Kinder verbleibenden Rest des ersparten Werths den zur contra tabulas greifenden Notherben ausschließlich zuweisen [19]). Mühlenbruch (vergl. Anm. 18), der jene Construction vertheidigt, glaubt bei l. 5 § 8 cit. durch die Annahme helfen zu können, die Stelle setze Einsetzung des exceptus zum alleinigen Erben voraus. Allein abgesehen davon, daß Ulpian's Worte einer solchen Unterstellung keine Nahrung geben, läßt sich auch mit Hülfe derselben von Mühlenbruch's Standpunkt aus die Theilung des Ueberschusses zwischen dem Eingesetzten und dem Notherben nicht rechtfertigen. — Anders Vangerow (Anm. 18); derselbe sieht zwar gleich uns in dem eingesetzten Verwandten einen wahren Erben, aber er hält dafür, daß die zu Lasten desselben hinterlassenen Vermächtnisse im Grunde von Notherben entrichtet werden; darum überweist er diesen den ganzen ersparten Betrag. Dem hat Leist (S. 166 Anm. 75) mit Recht das „communicatur“ und das voraufgehende „nec tamen *solius* commodo id cedit“ entgegengehalten. Aber auch Leist behandelt die Vermächtnißleistung als eine eigentlich dem contra tabulas bon. possessor obliegende Last: er vermißt daher eine befriedigende Erklärung der l. 5 § 8 cit. (S. 163 a. E. S. 166 z. A.).

Nach meiner Ueberzeugung muß man sich von dem Gedanken frei machen, als würden die zu Lasten der eingesetzten persona excepta hinterlassenen Vermächtnisse irgendwie in Vertretung des bon. possessor contra tab. geleistet. Wie jener Beschwerte wahrer Erbe ist, so erscheint er auch in eigner Person beschwert; dem entspricht der Wortlaut der l. 5 § 8 cit. Hiernach ist vielmehr zu erklären, warum der ersparte Werth nicht dem beschwerten Testamentserben allein verbleibt, und dies wird auf folgender Gedankenverbindung beruhen.

---

[18]) Vergl. Mühlenbruch S. 39 f. Anm. 84. Vangerow II. § 472 Anm. unter IV. 3. f. δ. Leist III. S. 165. 166, besonders Anm. 75.

[19]) Vergl. die l. 3 § 4 D. de legat. praest. 37. 5 in Anm. 15. Bei der hier und weiter unten im Text der l. 3 § 4 cit. gegebenen Verwendung kommt selbstverständlich die subjective Ausdehnung dieses Ausspruchs nicht in Betracht.

Auch wo die persona excepta als Erbe erscheint, gelangt sie doch zum Erwerb nur mit Hülfe der Ausnahmsvorschrift des Edicts über die Vermächtnißleistung: darum bleibt diese Vorschrift für die zu Lasten eines solchen Erben angeordneten Vermächtnisse maßgebend, und sie macht die Vermächtnisse an extranei hinfällig[20]). Daß die damit ersparten Beträge an erster Stelle zur Ergänzung der Vermächtnisse an Eltern und Kinder verwendet werden, begreift sich leicht: nach dem Ausfallen der Vermächtnisse an dritte Personen erscheint die Anwendung des Falcidischen Gesetzes nicht mehr veranlaßt[21]). Der danach noch vorhandene Rest aber kann jenen Erben als Beschwerten nicht verbleiben, weil dessen Erwerb unter den Grundsätzen des Edicts de legatis praestandis steht, diese aber nur solche Zuwendungen gestatten, welche den bedachten Verwandten verbleiben sollen (l. 3 § 4 D. de legat. praest. in Anm. 15). Auf der andern Seite erhält der Eingesetzte als wirklicher Erbe seinen Erbtheil nicht von den Miterben, sondern aus der Erbschaft. Darum kann der Rest des ersparten Werths nur an diese fallen. Haben nun an der Erbschaft sowohl der Testamentserbe wie der Notherbe Theil, so ergibt sich, daß jener Rest dem Einen wie dem Andern zu gut zu kommen hat.

Nach dieser Auslegung beweist l. 5 § 8 cit., wie am Schlusse von B. bemerkt wurde, daß die eingesetzten excepti ohne Notherbenberechtigung wahre Erben sind.

§ 28.

4. Maß der Erhaltung der letztwilligen Zuwendungen *).

I. Das Edict über die Vermächtnißleistung gab keine Grenze an, bis zu welcher die Vermächtnisse an die bevorzugten Personen gültig bleiben sollten. Die einzige Schranke lag demnach im Falcidischen Gesetz [1]). Diese Schranke war unzureichend: sie gestattete eine unbillige Vertheilung des Vermögens, indem unter Umständen der Notherbe mittelst der bon. possessio contra tab. weniger erhielt, als

---

[20]) Das ist nach meiner Ueberzeugung der innere Grund des oben bei der vorigen Frage aus der ersten Hälfte der l. 5 § 8 D. cit. abgeleiteten Satzes.

[21]) Vergl. l. 5 § 5 D. de legat. praest. 37. 5.

*) Francke S. 147 f. Mühlenbruch 37 S. 22—27. Schmidt S. 141—144. Leist Forts. III. S. 166—169.

[1]) Ueber dessen Anwendung l. 5 § 5 vergl. mit § 8. l. 6 D. de legat. praest. 37. 5.

ein nicht zur Notherbfolge berufener Verwandter kraft des Testaments erlangte. Als man dann anfing, auch Erbeseinsetzungen aufrecht zu halten, erwies sich die Beschränkung vollends unwirksam[2]).

Die Ergänzung ist nicht vom Prätor ausgegangen, sondern von der Jurisprudenz, der die kaiserliche Gewalt beitrat. Julian war es, der gleichzeitig der Ausdehnung des Edicts auf Erbeseinsetzungen und der Einschränkung des auf solchem Wege wie durch Vermächtniß vom exceptus zu machenden Erwerbs auf das Maß dessen das Wort redete, was der Notherbe vermöge der bonor. possessio erlangte, — auf die virilis portio. Dieser Ansicht stimmte eine Constitution von Pius bezüglich der Erbeseinsetzung bei[3]). Die Ausdehnung auf die Schenkungen auf den Todesfall hat wieder die Rechtswissenschaft vermittelt. Die Berechnung der portio virilis wird von Ulpian in l. 8 pr. D. de legat. praest. 37. 5 so dargestellt: steht einer der Kinder oder Eltern als Eingesetzter neben einem oder mehreren zur b. p. contra tab. gelangten Notherben, so kommt der Antheil des Ersteren dem Theil des einzelnen Notherben gleich; stehen dagegen neben einem einzelnen Notherben mehrere Eingesetzte der zuerst genannten Classe, so erhalten diese zusammen nur einen Kopftheil. — Wenn umgekehrt bemerkt wird, daß der auf weniger als den Viriltheil Eingesetzte (und Gleiches soll bei Vermächtniß wie Schenkung auf Todesfall gelten) eben nur das erhält, was ihm im Testament zugedacht ist[4]), so ist dies hier, wo die Notherbenberechtigung fehlt, selbstverständlich. — Ist der Eingesetzte mit Erbtheil und Vorvermächtniß bedacht, so wird zwar Beides zu seinen Gunsten wirksam, aber immer nicht über den Betrag des Viriltheils hinaus[5]). Daß die Berech-

[2]) Näher ausgeführt sind diese Sätze bei Schmidt S. 141—143.

[3]) Ulp. l. 5 § 7 D. de legat. praest. 37. 5. Ad eum tamen modum talibus personis succurrendum est, ut ampliore quidem quam virili portione hereditatis data usque ad virilem tueantur, in minorem autem eatenus actiones his tribuantur, quatenus scriptae sint. *idem observatur et circa legata fideive commissa, quae his data fuerint* et in mortis causa donationibus. — Tryphon. l. 7 D. eod. Nam secundum constitutionem divi Pii ad Tuscium Fuscianum (Matuccium Fuscinum? *Momms.*) Numidiae legatum placuit parentes et liberos heredes quoque institutos tueri usque ad partem virilem *exemplo legatorum*, ne plus haberent ex institutione tales personae, quam ad eum perventurum esset, qui contra tabulas bonorum possessionem accepit. Die Ansicht Julian's bringt l. 6 D. eod. Vergl. noch l. 3 in f. l. 7 D. de conjung. 37. 8.

[4]) l. 5 § 7 cit.

[5]) l. 8 § 1 D. de legat. praest. 37. 5. — Daß der Testamentserbe nicht

nungsweise bei Erbtheilen wie Vermächtnissen eine gleichmäßige ist, zeigen l. 5 § 7 cit. (Anm. 3) und l. 8 pr. cit.

So das Material der Quellen. Zu fragen ist, ob die dargestellte Grenze, insbesondere die Einschränkung der sämmtlichen zugelassenen Testamentserben auf Eine Virilportion, auch auf die Erbtheile derjenigen eingesetzten Descendenten Anwendung findet, welche die bon. poss. contra tab. erbitten können, aber den testamentarischen Erbtheil vorziehen. Die herrschende Meinung, die dies verneint[6], ist in neuerer Zeit von Schmidt angefochten[7]; indessen müssen wir an ihr festhalten. Zu ihrer Begründung ist vor Allem der in § 27 unter A (S. 183 f.) dargelegte Satz zu benutzen, daß die nachträgliche Ausdehnung des Edicts de legat. praest. auf Erbeseinsetzungen sich überall nicht auf die Erbtheile jener zur bon. poss. contra tab. (commisso per alium edicto) berechtigten Testamentserben bezieht. Erwägt man, daß gleichzeitig und in der Gestalt eines einheitlichen Rechtssatzes sowohl diese Erweiterung des prätorischen Instituts, wie anderseits die gegenwärtig interessirende Festsetzung eines positiven Maßes, innerhalb dessen sich der Schutz der betreffenden Zuwendungen zu bewegen hat, von der Jurisprudenz wie von der kaiserlichen Gewalt in's Rechtsleben eingeführt ist (vergl. die Stellen in Anm. 3), so überzeugt man sich, daß auch die genannte Maßbestimmung die Erbtheile der eingesetzten Notherben nicht berührt. Damit fällt der eine von Schmidt's Beweisgründen, — der Hinweis auf das, was uns in l. 7 D. de legat. praest. 37. 5 über den Inhalt der Constitution von Pius mitgetheilt wird. Denn wenn Tryphonin's Bericht keine Unterscheidung nach den verschiedenen Classen von Erben macht, so war eben zu einer solchen nach dem, was vorhin bezüglich der Ausdehnung der kaiserlichen Verfügung bemerkt wurde, kein Anlaß vorhanden. — Unsre Ansicht hat sich ferner darauf zu berufen, daß in keiner der Stellen, welche erweislich den Schutz der testamentarischen Erbtheile von Erben mit Notherbenberechtigung besprechen, von der Einschränkung aus l. 8 pr. D. de

am Werth der Sclaven Theil hat, welche in Folge der Vereitelung ihrer Freilassung der Erbschaft erhalten bleiben (l. 23 eod.), beruht darauf: dieser Werth wird nur in Folge der contra tab. b. p. erspart, und nur in Folge davon, daß die Erbschaftsantretung der Eingesetzten unterbleibt, l. 8 § 2 D. eod.

[6]) Nachweise im § 27 Anm. 4.

[7]) Recht der Notherben S. 144, besonders Anm. 265.

legat. praest. 37. 5 die Rede ist, selbst da nicht, wo die doppelte Begrenzung jener Erbtheile durch den Willen des Erblassers und den Betrag dessen, was dem Erben die contra tab. bon. poss. gewährt haben würde, in's Auge gefaßt wird[8]). Man darf nur dabei nicht übersehen, daß die Quellen den Ausdruck virilis portio (oder pars) in doppelter Bedeutung verwenden. Er kommt vor in engster Beziehung zu der seit Julian dem Edict über die Vermächtnißleistung beigegebenen Maßbestimmung, also bei den Ansprüchen von Eltern und von Kindern ohne Notherbenberechtigung[9]). Daneben wird aber auch der Erbtheil, welchen der Notherbe sei es als Testamentserbe, sei es mittelst der bon. poss. contra tab. erhält, als portio virilis bezeichnet, und das in Stellen, in welchen an den Gegensatz der Erbtheile von Eltern oder von Kindern ohne Notherbenberechtigung überall nicht gedacht ist[10]).

Schmidt beruft sich noch darauf, daß bei den Vermächtnissen die Zusammenrechnung der Bezüge aller Kinder und Eltern zweifellos festgestellt sei[11]), daß diese demnach auch für mehrere zur contra tabulas berechtigte, nur mit Vermächtnissen bedachte Descendenten zu gelten habe: und doch sei die Behandlung der Erbeseinsetzungen im Allgemeinen die gleiche, wie die der Vermächtnisse, in beiden Fällen stehe eine und dieselbe virilis portio in Frage. Auch dieses Argument verliert seine Spitze schon dann, wenn wir mit Recht behauptet haben, daß die Festsetzung eines Maßes für die Conservirung der Erbtheile — durch Julian und Pius — auf eingesetzte Kinder mit Notherbenberechtigung keinen Bezug hat. Indessen muß auch weiter gefragt werden: steht es denn fest, daß das Maß der virilis portio auch für die Vermächtnisse an die eingesetzten Notherben gilt? Der Widerspruch gegen diese Annahme ist jetzt zu begründen.

II. Allerdings ist es, soviel mir bekannt, allgemeine Annahme, daß die Einschränkung der Zuwendungen an die Eltern und Kinder

---

[8]) Vergl. l. 8 § 14. l. 14 pr. D. h. t. l. 15 § 1. 2. l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 8. l. 10 D. de collat. 37. 6.

[9]) So steht der Ausdruck in l. 5 § 7. 8. l. 8 pr. § 1. 2. 5. l. 23 D. de legat. praest. 37. 5. l. 7 D. de conjung. 37. 5. Es ist begreiflich, daß hier auch der zur Vergleichung herangezogene Theil des contra tab. bon. possessor den Namen portio virilis führt: l. 8 pr. l. 20 pr. D. de legat. praest. 37. 5.

[10]) S. l. 8 § 14 in f. l. 13 § 1 D. h. t. 37. 4. l. 1 § 8 D. de collat. bon. 37. 6. l. 5 pr. D. de dot. coll. 37. 7.

[11]) l. 8 pr. D. de legat. praest. 37. 5.

auf die portio virilis bei Vermächtnissen ausnahmslos Platz greift, — auch da, wo der Bedachte zu den Notherben gehört[12]). Allein mit den Beweisen für diese Annahme steht es sehr mißlich. Gewiß ist, daß das Edict *de legat. praest.* auch auf die Kinder geht, welche am Notherbenrecht Theil haben. Allein unter den Stellen, welche dafür Zeugniß legen (vergl. dieselben im § 25 Anm. 19), findet sich keine, die das von Julian und Pius begründete Maß der *portio virilis* auf die Vermächtnisse an solche Erben anwendete, und diese später entstandene Grenzbestimmung ist wohl vom ursprünglichen Edict zu unterscheiden. Sieht man auf die Aeußerungen der Quellen, welche näher auf jene neue Rechtsregel eingehen, so begegnen hier Erbtheil und Vermächtniß in engster Verbindung[13]). Die Constitution von Pius ging dahin, l. 7 D. de legat. praest. 37. 5 (in § 28 Anm. 3):

— parentes et liberos *heredes* quoque institutos tueri usque ad partem virilem *exemplo legatorum* —;

Julian in l. 6. D. eod., bei dem die Schranke der portio virilis noch als eine erst im Recht heimisch zu machende auftritt, äußert:

— decreto itaque ista temperari debebunt, ut *et heredidatis partem* emancipatus praestet ita, ne scriptus heres amplius habeat quam emancipatus, *et legatorum modus temperaretur*, ut nihil plus ex legatis ad aliquem perveniat, quam ad emancipatum bonorum possessionis nomine remansurum est.

Ulpian aber erklärt sich in l. 5 § 7 D. eod. (§ 28 Anm. 3) nach Darstellung der auf die Erbtheile bezüglichen Einschränkung so:

— idem observatur et *circa legata fideive commissa*, quae *his* data fuerint, et in mortis causa donationibus.

In l. 8 pr. D. eod. bestimmt derselbe Jurist zunächst die portio virilis bei Erbtheilen genauer; dann fügt er hinzu:

— hoc idem et in legatis observabitur.

Nach allen diesen Zeugnissen ist es ein einiger Rechtssatz, der hier für Erbtheile und Vermächtnisse dargeboten wird. In Berücksichtigung dessen aber, sowie in Berücksichtigung der Aeußerung, es

---

[12]) Die im § 27 Anm. 4 gegebenen Nachweise über die herrschende Lehre bezüglich der Erbtheile beziehen sich nur auf diese. Wegen der Ansicht von Leist über die Vermächtnisse vergl. dens., Forts. III S. 167.

[13]) In l. 18. 19 D. de legat. praest. 37. 5 wird das Vermächtniß an einen Enkel des Erblassers auf den Betrag des Erbtheils eingeschränkt, den der Enkel im Wege der b. p. contra tab. erlangt haben würde. Vergl. § 25 a. E. (S. 173 ff.).

seien die nämlichen Personen, auf welche sich die Beschränkung in Ansehung der Erbtheile und der Vermächtnisse beziehe (l. 5 § 7 cit.), erscheint die Annahme unmöglich, daß man doch bei den Vermächtnissen einen weiteren Personenkreis im Auge gehabt haben sollte, als bei den Erbtheilen.

Zu diesen den Quellen entnommenen Gründen tritt eine Erwägung allgemeinerer Natur hinzu. Die Descendenten mit prätorischer Notherbenberechtigung sind zugleich pflichttheilsberechtigt. Nun ist es bestimmt eine bei den Römern zu allen Zeiten, seit es ein materielles Notherbenrecht gegeben hat, mannigfach geübte Form letztwilliger Bedenkung von Notherben gewesen, daß man denselben (neben formeller Ausschließung, wo es deren bedurfte) den Pflichttheil durch Vermächtniß zuwendete. Sollte es wohl dem Julian und Pius in den Sinn gekommen sein, eine solche Sitte durch Anlegung der Schranke der portio virilis zu durchkreuzen? Wie leicht diese die Zuwendung unter den Pflichttheil herabdrücken konnte — so beim Vorhandensein einer Mehrheit von Vermächtnißnehmern —, liegt auf der Hand.

Ich behaupte hiernach, daß die erwähnte Maßbestimmung bei den Vermächtnissen an Notherben nicht zur Anwendung gekommen ist.

§ 29.

D. Einfluß auf sonstige Nebenverfügungen.

Außer den bisher besprochenen Vermächtnissen erörtern wir als Nebenverfügungen des Testaments, bei denen der Einfluß der prätorischen Notherbfolge in Frage kommt, die Freilassungen, Vormundsbestellungen und Pupillarsubstitutionen.

I. Freilassungen[1]). Der Prätor hat der bon. poss. contra tabulas einen besonderen Einfluß auf die im Testament verordneten Freilassungen nicht eingeräumt. Danach ist es bei dem Satze des Civilrechts geblieben, daß die directe Freiheitsertheilung wirksam wurde, wenn einer der Testamentserben antrat[2]), — aber auch schon, wenn ein solcher Erbe absichtlich, zum Nachtheil der Vermächtnisse und Freilassungen, das Vermögen unter Ausschlagung der testamentarischen Erbfolge kraft gesetzlicher Succession an sich oder einen Andern brachte[3]). Jener Satz, daß die Freilassungen auch bei be-

---

1) Schmidt S. 145—147. Leist II S. 30—38.

2) l. 11 § 2. l. 25. l. 58 D. de manum. testam. 40. 4.

3) l. 23 pr. D. eod. Ueber diesen Fall besonders Leist S. 31—34.

gründeter contra tab. b. p.[4]) mit der Antretung eines jeden Testamentserben in Kraft treten, wird durch l. 8 § 2 D. de legat. praest. 37. 5 bewiesen; umgekehrt ergibt sich aus l. 23 D. eod., daß die Freilassungen ungültig wurden, wenn der Erwerb der Erbschaft aus dem Testament der Notherbfolge wegen unterblieb. Wie aber die einmal erworbene Freiheit dem bisherigen Sclaven auch sonst nicht zu entziehen war[5]), so fehlte es insbesondere den Notherben an einem Mittel, sie rückgängig zu machen. Hierauf bezieht sich l. 8 § 2 D. cit. Nach dieser Stelle sollte der Notherbe gegenüber der eingesetzten excepta persona — zur Verhütung des aus den Freiheitsertheilungen entspringenden Vermögensverlusts — wider den Erwerb der Erbschaft aus dem Testament protestiren können; nur mußte er dem Eingesetzten gleichzeitig die Gewährung des ihm gebührenden Erbtheils zusichern. Erfolgte dann die Antretung doch, so war gegen den Testamentserben die actio doli begründet.

Zu fragen ist hierbei: konnte der Notherbe, welcher die contra tabulas gesucht hatte, auch gegenüber einem heres extraneus wider die Antretung mit der beschriebenen Wirkung protestiren? Leist bestreitet dies (III S. 37 f.), er sieht in dem in l. 8 § 2 D. cit. besprochenen Angebot der Entschädigung für den Erbtheil den Grund, um dessen willen der Testamentserbe für die nachtheiligen Folgen seines Erbschaftserwerbs verantwortlich gemacht werden konnte. Das ist schwerlich richtig. Der eingesetzte conjunctus hat (innerhalb gewisser Grenzen) auch der Notherbfolge gegenüber ein Recht auf seinen Erbtheil; erst wenn ihm für diesen volle Vergütung vom Notherben zugesichert ist, trifft ihn bei dennoch erklärtem Erbschaftsantritt der Vorwurf der Chikane. Dem heres extraneus, dem die Notherbfolge das ganze Vermögen entzieht, ist ein solcher Vorwurf ohne Weiteres zu machen, sobald er nur weiß, daß sein Erwerb inhaltlos sein würde.

II. Vormundsernennungen. Ueber die Behandlung einer im angefochtenen Testament enthaltenen Ernennung von Vormündern, gewähren die auf die bon. poss. contra tabulas bezüglichen Aeußerungen der Quellen keinen Aufschluß. Indessen wird man nicht allein anzunehmen haben[6]), daß die gültig angeordnete Bestellung eines Vor-

---

[4]) Vergl. Schmidt Anm. 271.

[5]) l. 4 § 2 D. de fideic. libert. 40. 5. l. 3 C. de testam. manum. 7. 2. Dazu im Allgemeinen l. 7 pr. D. de dolo 4. 3. l. 1. 2. 4 C. si adv. libert. 2. 31.

[6]) Darüber Leist II S. 45 f.

munds bei erfolgtem Antritt der Testamentserben nicht durch die nachgesuchte bon. poss. contra tab. berührt wurde; vielmehr trat wohl regelmäßig selbst dann Confirmation der ernannten Vormünder ein, wenn die eingesetzten Erben wegen der in Aussicht stehenden Agnition der b. p. contra tabulas von der Erbschaftsantretung Abstand nahmen[7]).

III. Pupillarsubstitution. — Vermächtnißleistung des Substituten[8]).

A. Weil Testament des Kindes, damit auf eine andere Erbschaft bezüglich, als die ist, bei welcher Notherbfolge begründet ist, wird die gültig angeordnete Pupillarsubstitution durch die b. p. contra tab. an sich nicht berührt. Allein die Pupillarsubstitution ist in ihrem Bestande vom väterlichen Testament abhängig, sie wird insbesondere hinfällig, wenn ein Erbschaftserwerb auf Grund des Testaments nicht stattfindet[9]). Sehen daher die in diesem Testament eingesetzten Erben wegen der nachgesuchten oder drohenden b. p. contra tab. vom Erbschaftserwerb ab, so möchte man folgern, daß auch das Pupillartestament seine Kraft verlieren müsse. Dennoch hat man diesen Satz grade in unsrer Zeit bestritten[10]): die beigebrachten Gründe sind hier zu erwägen.

Zunächst scheint es in einer Stelle, der l. 34 § 2 D. de vulg. 28. 6, gradezu ausgesprochen zu werden, daß die Pupillarsubstitution in Geltung bleibt, auch wenn das Testament wegen der Notherbfolge destituirt wird:

> Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substitutione (substituto? edd.) data sunt.

In Wahrheit ist diesem Ausspruch wohl keine Bedeutung beizulegen. Er enthält keine Angabe darüber, ob nicht der Notherbfolge ungeachtet Erbschaftserwerb aus dem Testament vorausgesetzt wird.

---

[7]) Arg. l. 31 D. de testam. tut. 26. 2. l. 3 D. de confirm. tut. 26. 3.

[8]) Francke S. 142—145. S. 156—163. Schmidt S. 147—150. Leist, Forts. II S. 38—45. S. 63 f. III S. 169—173.

[9]) l. 2 § 1. l. 10 § 4 D. de vulg. 28. 6. Vergl. dazu l. 41 § 5 D. de testam. mil. 29. 1.

[10]) Für die Annahme der Ungültigkeit Francke S. 142—144. Mühlenbruch 37 S. 18 Anm. 38. Vangerow II § 472 Anm. unter IV. 1. Leist a. a. O. — Für die Gültigkeit der Substitution Hingst S. 215 f. Schmidt a. a. O.

Aller Wahrscheinlichkeit nach hat man aber diese Voraussetzung in African's Worte hineinzutragen, und zwar ist bei Berücksichtigung von drei andern Fragmenten — l. 35 D. eod. l. 126 pr. D. de legat. I⁰ (30) l. 5 pr. D. de legat. praest. 37. 5 — an folgenden in diesen Parallelstellen vorliegenden Thatbestand zu denken. Im väterlichen Testament war der Pupill zum Erben eingesetzt, er wurde danach als suus mit des Erblassers Tode ipso jure Erbe; da aber ein anderer Notherbe übergangen war, so griff er zur bon. poss. commisso per alium edicto.

Vor Allem die l. 35 cit. legt es sehr nahe, daß wir die in l. 34 § 2 cit. mitgetheilten Thatsachen in dieser Weise zu ergänzen haben: nicht allein ist sie in der Compilation dicht an die Letztere herangerückt, — es hat auch die Eine wie die Andere den African zum Verfasser. Schon Francke aber hat auf die Schlußworte der l. 34 § 2 cit. hingewiesen, wonach der Pupillarsubstitut mit Vermächtnissen beschwert war. Solche konnten ihm nur dann gültig auferlegt werden, wenn entweder der Pupill oder er selbst vom Erblasser zum Erben eingesetzt war [11]). Nun liegt die zweite Möglichkeit bei der Fassung der l. 34 cit. sehr fern, also dürfen wir die erste als gegeben denken.

Danach bezeugt l. 34 § 2 cit. Nichts, was über den Inhalt der drei andern Stellen hinausginge. Das Eine indessen ergibt sich mit Bestimmtheit aus den verglichenen Fragmenten, namentlich aus l. 35 und l. 5 pr. citt.: das Testament bleibt in Geltung, obgleich der zum Alleinerben ernannte Pupill die b. p. contra tab. mit Rücksicht auf die vorliegende Uebergehung eines andern Notherben nachgesucht hat. Die Frage, wie das zu erklären, bildet einen neuen Streitpunkt. Die Auffassung von Francke, im Wesentlichen auch von Leist, ist diese: der Pupill ist Erbe geworden, und diese Erbeseigenschaft wird durch seine Entscheidung für die b. p. contra tab. so wenig beseitigt, wie wenn er abstinirt. — Schmidt meint diese Erklärung beanstanden zu müssen. Er weist auf den Fall hin, wo die im Testament gerufenen sui heredes sich der Erbschaft entschlagen, um das Vermögen kraft der gesetzlichen Erbfolge frei von Vermächtnissen an sich zu bringen. Nach ihm würden hier die sui zur Vermächtnißleistung herangezogen nicht, wie das aus der Ansicht von

---

[11]) Vergl. die Nachweise bei Windscheid III § 559 Anm. 29 und 31.

Francke folgen würde, auf Grund ihrer Eigenschaft als *heredes*, sondern trotz ihrer nach prätorischem Recht vermöge der Wohlthat der Entschlagung eingetretenen Befreiung kraft der besonderen Rechtsregel, die im Edict si quis omissa causa testamenti cet. gegeben ist (l. 1 § 7 D. si quis omissa 29. 4). In eben dieser Weise, so haben wir Schmidt's Gedankengang zu ergänzen, muß ein besonderer Rechtssatz aufgesucht werden, mit dessen Hülfe die Pupillarsubstitution in Geltung erhalten bleibt, auch wenn der allein im väterlichen Testament eingesetzte Pupill sich der in der Person eines zweiten, übergangenen Descendenten begründeteten bon. poss. contra tab. anschließt. Diese Rechtsregel sieht Schmidt im Edict *de legatis praestandis:* mittelst einer Erweiterung desselben hätte man die Pupillarsubstitution bei nachgesuchter b. p. contra tab. aufrecht erhalten, auch wenn Niemand aus dem Testament Erbe wurde.

Zur Widerlegung dieser Ansicht gehen auch wir vom Recht der Entschlagung aus. Hier ist augenscheinlich die Behandlung einerseits der Vermächtnisse und anderseits der Pupillarsubstitution nicht die gleiche. Von der Vermächtnißlast wird der nothwendige Erbe durch Entschlagung frei[12]; darum wird bei ihm nicht minder wie beim heres voluntarius die Edictsclausel si quis omissa cet. zur Hülfe genommen, sobald die Voraussetzungen des damit den Vermächtnißnehmern dargebotenen Rechtsschutzes vorliegen[13]). Die Pupillarsubstitution dagegen wird trotz der Entschlagung der eingesetzten nothwendigen Erben ohne Weiteres aufrecht erhalten. Das beweisen l. 42 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2 und l. 28 D. de reb. auct. jud. 42. 5: in beiden Stellen wird davon ausgegangen, daß der im väterlichen Testament als Alleinerbe gerufene Pupill durch sein Ab-

[12]) Ulp. l. 1 § 4 D. ut in poss. legat. 36. 4: — ceterum si certum sit repudiatam vel omissam hereditatem *vel abstentos necessarios heredes,* frustra hoc edictum imploratur, cum certum sit *legatum vel fideicommissum non deberi.*

[13]) Ulp. l. 1 § 7 D. si quis omissa 29. 4. — Von Schmidt wird noch geltend gemacht, daß es in l. 2 § 1 D. de vulg. 28. 6 auch von der Pupillarsubstitution heißt: — si omissa causa principalis testamenti ab intestato possideatur hereditas, dicendum est et pupillo substitutum servandum. Allein diese Aeußerung ist bestimmt auf die heredes voluntarii zu beziehen; nach den im Text folgenden Ausführungen muß die Substitution ohne Weiteres bestehen bleiben, wenn ein nothwendiger Erbe sich der väterlichen Erbschaft in der die Anwendung des Edicts si quis omissa causa cet. begründenden Absicht entschlägt. Vergl. auch Leist S. 41 Anm. 55.

stiniren den Nachlaß erblos macht; in Anwendung auf diesen Thatbestand aber wird nur gefragt, ob die Erbschaftsgläubiger den Pupillarsubstituten in Anspruch nehmen können, die Gültigkeit der Substitution wird überall nicht in Zweifel gezogen. — Nach Analogie dieser Sätze wird man sagen dürfen: auch wo der als alleiniger Testamentserbe gerufene Pupill die bon. poss. contra tab. commisso per alium edicto wählte, bedurften zwar die Vermächtnisse, soweit man sie bei Kräften erhalten wollte, eines besonderen Schutzes, wie dieser sich im Edict de legat. praest. darstellt, — aber für die Pupillarsubstitution genügte der Umstand, daß der Pupill Erbe geworden war, und daß die erlangte Erbeseigenschaft durch die Erbittung der bon. poss. contra tabulas so wenig wie durch Abstiniren[14]) getilgt wurde. — Uebrigens hat schon Leist darauf hingewiesen (S. 63 f.), daß die Tendenz einerseits des Edicts über die Vermächtnißleistung und anderseits des hier betrachteten Satzes aus dem Recht der Pupillarsubstitution eine durchaus verschiedene ist, daß deßhalb die von Schmidt angenommene Ausdehnung jenes Edicts auf die Pupillarsubstitution wenig glaublich erscheint.

Das Interesse der erörterten Frage heftet sich an den Fall, wo der Pupill enterbt ist, die eingesetzten Erben aber um der contra tab. b. p. willen nicht antreten. Hier läßt Schmidt die Pupillarsubstitution in Geltung bleiben, während diese nach unsrer Auffassung hinfällig werden muß.

B. Bei der dem Substituten obliegenden Vermächtnißleistung ist vorweg hervorzuheben, daß die Pupillarsubstitution die Natur eines für das Kind errichteten Testaments nicht durchweg festhält, vielmehr in einer Reihe von Bestimmungen den Gedanken zum Ausdruck bringt, der Vater berufe im Substituten einen Erben für das eigene Vermögen. Eben das trifft in unsrer Lehre zu. Jenem Gedanken entsprechen die Sätze, daß der Erblasser wie den Pupillen, so auch den Substituten zu dem Vermögensbetrage, aber auch nur zu dem Betrage mit Vermächtnissen belasten kann, den er selbst dem eingesetzten Pupillen zuwendet[15]), und daß die zu Lasten des Substituten hinterlassenen Vermächtnisse wie bedingte, im väterlichen Testament ausgesetzte

[14]) Vergl. l. 6 § 2 D. de bon. libert. 38. 2.

[15]) Anderes gilt, wenn der Substitut gleichzeitig im väterlichen Testament zum Erben eingesetzt ist (l. 41 § 6 D. de vulg. 28. 6. l. 11 § 8 D. ad leg. Falc. 35. 2). Dieser Fall interessirt jedoch bei unsrer Untersuchung nicht.

behandelt, demnach mit den dem Pupillen auferlegten zusammengerechnet werden[16]). — In besonderer Anwendung auf die bon. poss. contra tab. bieten die Quellen die folgenden Grundsätze dar.

Abgesehen von dem Einfluß, welchen jene Zusammenrechnung und die Vergleichung mit dem Erbtheil des Pupillen ausübt, gehen die dem Letzteren auferlegten Vermächtnisse auf den Substituten so über, wie sie den Pupillen belasteten[17]). Wurde nun der Pupill durch die Uebergehung eines neben ihm stehenden Notherben zur Erbittung der b. p. contra tab. veranlaßt, so besteht seine Pflicht zur Vermächtnißleistung nur gegenüber den *personae exceptae*[18]). Der Satz aber, daß der Umfang des dem Pupillen zugewendeten Erbtheils maßgebend ist, wird hier dahin ergänzt: ist kraft der Notherbfolge der Erbtheil herabgesetzt oder erhöht, so entscheidet der danach sich ergebende Umfang[19]). Dies versteht sich von selbst, soweit die Notherbfolge zu einer Minderung der Einsetzungsportion führt, da der Beschwerte nicht über das Maß dessen belastet werden kann, was er aus der Erbschaft erhält[20]). Wenn aber den Vermächtnißnehmern auch die Erhöhung der Einsetzungsportion auf den Betrag des gesetzlichen Erbtheils zu gut kommen soll, so ist dies wohl mit Rücksicht darauf zur Anerkennung gelangt, daß auf sie auch jene Herabsetzung zurückwirkt.

Ganz auf den bisher besprochenen Fall bezieht sich aller Wahrscheinlichkeit nach die wegen der Beschaffenheit des Textes sehr zweifelhafte l. 103 § 2 D. de legat. III° (32) von Scävola[21]):

---

[16]) l. 79 D. ad leg. Falc. 35. 2. l. 11 § 5 D. eod. — Zum Bisherigen Windscheid III § 558 a. E. § 559 unter 8. Vergl. auch Brinz Abth. II § 183 a. E.

[17]) l. 11 § 5 cit.

[18]) Ulp. l. 5 pr. D. de legat. praest. 37. 5: — et si quidem ab impubere relicta sunt (sc. legata), solis liberis parentibusque praestanda sunt. So sicher auch der corrumpirte Theil von l. 35 D. de vulg. 28. 6: — ut augeantur (sc. legata) praeterea, quod filius extraneis non debuerit; die Ausgabe von Mommsen ergänzt; — ut augeantur praeter ea [legata quae peti non possunt propterea] quod filius cet.

[19]) Paul. l. 126 D. de legat. I°. (30): — sed si committente aliquo ex liberis edictum praetoris — scriptus quoque filius contra tabulas bonorum possessionem petierit, substitutus ejus legata pro modo patrimonii, quod ad filium pervenit, praestabit, perinde ac si id, quod per bonorum possessionem filius habuit, a patre accipisset. l. 35 cit.

[20]) § 1 J. de sing. reb. 2. 24. l. 114 § 3 in f. D. de legat. I° (30).

[21]) Vergl. auch § 3 eod.

Si filius ex uncia heres institutus sit et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem: substitutus ejus utrum ex uncia legata praestat an vero ex semisse? et verius est ex semisse (sed ex uncia omnibus, ex reliquis) liberis et parentibus.

Die in Parenthese geschlossenen Worte streichen wir mit Th. Mommsen, da der Text auf alle Fälle verderbt, die angedeutete Aenderung aber die einfachste Beseitigung der Schwierigkeit ist[22]).

Wir gehen über zu den vom Erblasser zu Lasten des Substituten angeordneten Vermächtnissen. Hier bleibt entsprechend der obigen Bemerkung (Eingang von B), daß der Substitut wie ein Erbe des Vaters behandelt wird, die Notherbfolge ohne Einfluß bei der Bestimmung der Personen, welchen die Vermächtnisse geleistet werden müssen, der Substitut hat allen Vermächtnißnehmern aufzukommen[23]). Für den Umfang der Leistungspflicht aber ist begreiflich auch hier der dem Pupillen wirklich zugekommene, auf dem Wege der bon. poss. contra tab. festgestellte Betrag des Erbtheils entscheidend[24]).

§ 30.

E. Die Collation*).

Die Collation steht im classischen Recht mit der bon. poss. contra tabulas und der bon. poss. Unde liberi in Verbindung. Wenn wir sie bei den Wirkungen der Ersteren besprechen, so ist sogleich zu sagen, in welchem Sinne dies geschieht. Weder die prätorische Notherbfolge noch jene gesetzliche Erbfolge der Descendenten erzeugt eine Verpflichtung zur Collation. Aber Letztere stellt sich als eine Bedingung dar, ohne deren Erfüllung der betreffende Erbe nicht zur wirksamen Ausübung seiner Erbberechtigung[1]) gelangt. Indem

[22]) Uebereinstimmend Leist III S. 171 Anm. 80. Wegen früherer Auslegungen und versuchter Textesänderungen *Cujac.* ad tit. de legat. III° l. 103 § 2 cit. —X. 1168 f. Francke S. 160—163. Schmidt S. 149 f. Anm. 279.

[23]) Ulp. l. 5 pr. D. de legat. praest. 37. 5. — sin vero a substituto impuberis (sc. legata relicta sunt), omnibus eum praestare oportet —. l. 34 § 2. l. 35 D. de vulg. 28. 6.

[24]) l. 35 D. de vulg. 28. 6. l. 126 pr. D. de legat. I° (30). l. 5 pr. § 1 D. de legat. praest. 37. 5.

*) Fein, Recht der Collation S. 11—196. Schmidt S. 107—125. Leist Forts. III S. 205—238.

[1]) Es darf nicht gesagt werden, daß die Collation Bedingung des Erwerbs

also die b. p. contra tabulas dem Notherben nur unter der Voraussetzung der Collation zur Erbschaft verhilft,[7] begründet sie mittelbar für ihn eine Nöthigung zur Collation.

Uebrigens besteht ein solcher Zusammenhang nur bei den beiden älteren Bildungen der Collation, der Vermögenscollation der Emancipirten und der Collation der Dos Seitens der Haustochter. Auch diese Institute jedoch sollen hier nicht in irgendwelcher Vollständigkeit dargestellt werden. Wir zeichnen sie mit einigen wenigen Grundlinien, theils weil sich anders ein vollständiges Bild der bon. poss. contra tabulas nicht herstellen läßt, theils weil im Voraufgehenden einige Male von der Collation zu reden war.

I. Collation der Emancipirten. Indem der Prätor in der Notherbfolge wie in der ersten Classe der gesetzlichen Erbfolge an die Stelle der sui die liberi setzt, schmälert er die civile Erbberechtigung der sui [2]). Darin würde regelmäßig eine Unbilligkeit gegen die Civilerben liegen, da aller Erwerb derselben bis zum Tode des Erblassers in dessen Vermögen gekommen ist, während für den Emancipirten seit seiner Befreiung von der väterlichen Gewalt die Möglichkeit des Erwerbs eines eignen Vermögens bestanden hat. Mit Rücksicht hierauf macht der Prätor die Gewährung der bonor. possessio davon abhängig, daß der Emancipirte sein Vermögen gegenüber den neben ihm erbenden sui zur Theilung bringt [3]). Wir haben bisher von der Collation der Emancipirten gesprochen; indessen ist das ungenau: die Collationsverbindlichkeit ist ausgedehnt auf alle gewaltfreien Descendenten, welche gleich dem Emancipirten zur Notherbfolge oder zur Intestaterbfolge Unde liberi kommen, z. B. auf die in Adoption gegebenen (eingesetzten) Kinder [4]), auf den in der Gewalt des Großvaters zurückbehaltenen Enkel, der an den Nachlaß seines emancipirten Vaters Erbansprüche erhebt [5]). Anspruch auf

des Erbtheils wäre: l. 3 pr. D. de collat. 37. 6. — Uebrigens wird im Folgenden der Kürze des Ausdrucks wegen mehrfach von einer Collationspflicht gesprochen werden.

[2]) Blos diese Wirkung der beiden genannten Classen der bonor. possessio ist es, die in den Quellen als eine den Civilerben aus der Concurrenz der liberi erwachsende injuria, als ein incommodum bezeichnet wird: l. 1 § 5. l. 10 D. de collat. bon. 37. 6. l. 3 D. de dot. collat. 37. 7. l. 1 § 13 D. de conjung. 37. 8.

[3]) l. 1 pr. D. de collat. 37. 6. Collat. XVI. 7 § 2.

[4]) l. 1 § 14 D. de collat. bon. 37. 6.

[5]) l. 4 D. de conjung. 37. 8. — Collationspflicht des Gewalthabers an

Collation haben nur die sui[6]), — auch sie nur dann, wenn sie wirklich durch die Concurrenz des Emancipirten — ich bezeichne mit dem Ausdruck von jetzt ab wieder alle gewaltfreien Notherben — eine Schmälerung ihres Erbtheils erfahren[7]). Daher keine Collation in Fällen, in welchen das Miterben des Emancipirten für den suus erst die Zulassung zur Erbfolge[8]) oder doch eine Steigerung, mindestens keine Minderung des Erbtheils begründet[9]), — sodann auch da, wo der Emancipirte als bonor. possessor nicht mehr erhält, als ihm selbst im Testament durch Erbeseinsetzung oder Vermächtniß ausgesetzt war[10]). Zur Erklärung dieses letzteren Satzes wird dienen, daß der Emancipirte sich auch für den Erwerb aus dem Testament entscheiden konnte[11]).

Gegenstand der Collation ist, was der Emancipirte beim Tode des Erblassers als reines Vermögen besitzt[12]), und um was er sein Vermögen arglistig geschmälert hat[13]). Von den näheren Bestimmungen des Satzes ist hervorzuheben: ausgeschlossen bleibt, was die Miterben auch dann nicht beanspruchen könnten, wenn der Emancipirte Hauskind geblieben wäre: so das, was peculium castrense oder quasi castrense sein würde, wäre der Emancipirte nicht gewalt-

---

Stelle des gewaltuntergebenen Notherben: l. 1 § 14. l. 4 citt. l. 5 pr. D. de dot. collat. 37. 7. l. 6 D. si tabulae 37. 6.

[6]) Daher werden beim Vorhandensein von mehreren gewaltfreien Erben zu deren Nachtheil Behufs der Collation besondere Gruppen gebildet, indem je einer von ihnen den erbenden sui gegenübergestellt und so für die Vertheilung des Vermögens des Ersteren die Bruchtheile ermittelt werden: l. 1 § 24. l. 2 § 5. 7. l. 3 § 2 D. de collat. bon. 37. 6.

[7]) l. 1 § 5. D. eod.

[8]) So beim enterbten suus: l. 20 § 1 D. de b. p. co. tab. 37. 4.

[9]) l. 1 § 4 D. de collat. bon. 37. 6. l. 20 § 1 D. cit.

[10]) l. 1 § 6. 7 D. de collat. bon. 37. 6. Vergl. wegen des hier Bemerkten Schmidt S. 112 Anm. 149. — Demselben Gedanken entsprechend beschränkt sich die Collation auf den einzelnen suus, wenn die dem Emancipirten zugestandene Erbberechtigung nur ihn beeinträchtigt. So conferirt z. B. der emancipirte Sohn nur seinen Descendenten, welche in der Gewalt des Erblassers verblieben waren: l. 1 pr. § 13 D. de conjung. 37. 8. l. 1 § 3 l. 9 D. de collat. 37. 6.

[11]) Hier mit Vermeidung der Collationsverbindlichkeit: l. 23 D. si quis omissa 29. 4 verglichen mit l. 5 pr. D. de dot. collat. 37. 7.

[12]) Ulp. 28. 4. l. 2 C. ut si omissam 2. 40. l. 6 C. de collat. 6. 20. Vergl. auch l. 1 § 17 D. eod. 37. 6. Wegen der Ausführung im Einzelnen ist zu verweisen auf Fein S. 33—61.

[13]) l. 1 § 23 D. eod.

frei geworden, das dignitatis nomine vom Vater Gegebene oder Versprochene, die für die Ehefrau des Emancipirten bestellte Dos[14]).

Nach dem Edict sollte der Anspruch auf Collation davon abhängen, daß auch der Collationsberechtigte die bon. possessio erbat[15]); später hat man diese Anforderung, deren Erklärung im § 21 (S. 137 f.) unternommen wurde, aufgegeben[16]). Zu genügen ist jenem Anspruch durch Cautionsleistung[17]): zu diesem Ende ließ man ursprünglich nur Bürgen, später auch Pfandbestellung zu[18]). Die Caution geht auf Vollziehung der Collation *boni viri arbitratu*[19]): an diese Clausel knüpft Paulus (l. 2 § 2 D. de collat. bon. 37. 6) den Satz an, daß der Pflichtige zwar für die ihm seit dem Tode des Erblassers zur Last fallende Arglist oder Verschuldung, nicht aber für Zufall haftet[20]). — Steht der Umfang des zu conferirenden Vermögens von Anfang an unter den Betheiligten fest, so kann dasselbe auch Zwecks der Collation sofort zur Theilung gebracht werden (s. g. Realcollation)[21]). In Anknüpfung hieran bemerkt Ulpian, l. 1 § 12 D. de collat. 37. 6:

> Sed si tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet, dicendum est emancipatum satis contulisse videri: idem et si nomen paterni debitoris delegaverit vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit.

Meist hat man auf diese Aeußerung besonderes Gewicht bei der Frage gelegt, ob der Collationspflichtige seiner Verbindlichkeit genügt, indem er den Werth des zu conferirenden Gegenstandes einwirft[22]). Indessen legt die Stelle selbst die Frage nahe, ob nicht Collation

---

[14]) Paul. V. 9. 4. l. 1 § 15 D. de collat. bon. 37. 6; l. 1 § 16 D. eod.; l. 1 § 20. l. 3 § 4 D. eod.

[15]) Spuren des Satzes in l. 1 § 1. 2. 8. l. 10 D. de collat. bon. 37. 6.

[16]) Dies zeigt die l. 10 cit. von Scävola.

[17]) l. 1 § 9 D. eod.

[18]) Paul. V. 9. 4. l. 1 § 9 cit.

[19]) l. 2 § 2. l. 5 § 1 D. de collat. bon. 37. 6. l. 5 § 1 D. de dot. collat. 37. 7.

[20]) Vergl. dazu einerseits Fein S. 98—100. Leist S. 224 f., anderseits Schmidt S. 118 Anm. 164.

[21]) Paul. V. 9. 4. l. 1 § 11 D. de collat. bon. 37. 6.

[22]) Die Litteratur über die Controverse bei Fein S. 301 f.; dazu noch Arndts, civ. Schriften II S. 273 f. Num. 14. Windscheid III § 610 a. E. Leist III S. 466—468.

durch Ueberweisung einzelner Vermögensstücke genügt, — mindestens dann, wenn diese von dem wegen unterbleibender Collation angerufenen Richter als angemessene Abfindung befunden werden[23]). Die Worte Ulpian's sind gewiß dafür, und eine gute Analogie bietet die bisher in dieser Lehre nicht benutzte l. 27 D. de legat. I° (30) von Paulus über die partitio legata[24]).

Erfolgt die Collation nicht, so werden dem Verpflichteten die Klagen seines Erbtheils versagt; dabei ist zu unterscheiden, ob der Grund der Unterlassung Unvermögen des Pflichtigen (inopia) oder mangelnder guter Wille ist (contumacia). Im ersten Fall erhält der Emancipirte Frist; der andern Partei aber werden, abgesehen von unaufschieblichen Verwaltungshandlungen, die Klagen für den betreffenden Erbtheil nur eingeräumt, wenn sie für die bei späterer Beschaffung der Caution zu fordernde Herausgabe des Erbtheils Sicherheit bestellt; thut sie das nicht, so tritt Sequestration ein[25]). Wird die Collation, wäre es auch nur an Einen Miterben, böswillig versagt, so erhält der Collationsberechtigte die erbschaftlichen Klagen (translatio possessionis); auch so bleibt jedoch nachträgliche Collation zulässig[26]).

II. Dotalcollation der Haustochter. An die Vermögenscollation des Emancipirten lehnt sich die gleichfalls dem prätorischen Recht angehörige Verpflichtung der Haustochter zur Collation der Dos an. Die Verpflichtung entsteht, wenn die Dos bei Auflösung der Ehe durch Tod des Mannes oder Scheidung von der Frau zurückgefordert werden kann, indem der Vater vor diesem Zeitpunkt oder doch vor der Zurückgabe der Dos verstorben ist. Hat ein Anderer die Rückgabe zu beanspruchen, so kommt es nicht zur Collation[27]). Berechtigt diese zu verlangen sind nur die sui; erst unter Gordian erging nach mehrfachen Streitig-

---

[23]) Die heutige Theorie läßt eine solche Abfindung nur zu bei Zustimmung des Berechtigten: Fein S. 103—105. Windscheid a. a. O. Anm. 29.

[24]) Potest autem heres vel (in ins. Momms.) paucioribus vel in una re relictam partem legatario dare, *in quam vel legatarius consenserit vel judex aestimaverit,* ne necesse haberet legatarius in omnibus rebus vindicare portionem. Vergl. auch l. 26 § 2 D. eod.

[25]) l. 1 § 13. l. 2 § 9 D. de collat. bon. 37. 6. l. 5 § 1 D. ut legator. 36. 3. l. 11 C. de collat. 6. 20.

[26]) l. 1 § 13 vergl. mit l. 2 § 8. 9 D. eod.

[27]) Ulp. l. 1 § 1 D. de dot. collat. 37. 7: — si vero alii quaesita est stipulatio, dicendum est cessare collationem. —

keiten der Juristen ein kaiserliches Rescript, welches bei der dos profecticia auch den Emancipirten einen Anspruch auf Collation zugestand[28]). Eine Verpflichtung zur Collation trifft nur die sua, — auch diese nur dann, wenn sie den Erblasser im Wege der bon. poss. contra tab. oder Unde liberi beerbt[29]), nicht wenn sie zur testamentarischen Erbfolge kommt[30]). Indessen soll nach einem Rescript von Pius die Erbittung der bon. possessio nicht mehr erforderlich sein; es genügt, wenn die Verpflichtete sich auf Grund ihrer civilen Erbberechtigung in die Erbschaft einmischt[31]).

Wie bei der Collation der Emancipirten fällt der Anspruch im concreten Fall weg, wenn die an sich Verpflichtete den Erbanspruch der sui nicht schmälert[32]). Demnach wird auch diese Collation aus der Erwägung entsprungen sein, daß es unbillig sei, der Haustochter in ihrer Dos einen Vorzug vor den übrigens nicht zu einem gleichen Erwerb befähigten sui zu belassen[33]). Leist (S. 229 f.) bestreitet dies mit Rücksicht darauf, daß die Haustöchter auch gegen einander zur Collation verpflichtet sind[34]). Indessen ist nicht zu erkennen, warum nicht derselbe Gedanke der Unbilligkeit eines auf einer vereinzelten Erwerbsmöglichkeit von der Art des vorliegenden beruhenden Vorzugs auch dazu hätte führen sollen, daß die mehreren suae unter einander eine Ausgleichung zu bewirken haben. Wenn den Emancipirten ein ähnlicher Anspruch gegen einander nicht gewährt ist, so wird dies darauf beruhen, daß es sich hier vorwiegend um Erträge der wirthschaftlichen Thätigkeit handelte: man konnte es nicht wollen, daß die Früchte der Arbeitsamkeit und Geschicklichkeit des einen Kindes zwischen diesem und dem andern minder tüchtigen zur Theilung gebracht würden.

Gegenstand der Collation ist sowohl die profecticische wie die

---

[28]) l. 4 C. de collat. 6. 20. — Für das Recht vor Gordian l. 5 D. de dot. collat. 37. 7. l. 23 D. si quis omissa 29. 4.

[29]) l. 1 § 8 D. de dot. collat. 37. 7. l. 4 C. de collat. 6. 20.

[30]) l. 3 D. de dot. collat. 37. 7. l. 7 C. de collat. 6. 20.

[31]) Ulp. l. 1 pr. D. de dot. collat. 37. 7: — si modo se bonis paternis misceat.

[32]) So wenn die sua im Umfang des ihr durch die Notherbfolge gewährten Erbtheils im Testament bedacht ist: l. 3. l. 5 pr. D. eod. l. 23 D. si quis omissa 29. 4.

[33]) So Schmidt S. 121.

[34]) l. 1 § 4 D. de dot. collat. 37. 7.

adventicische Dos[35]). Im einzelnen Fall stellt sich dieser Gegenstand meist als Forderung der sua gegen den Ehemann oder dessen Erben auf Rückgabe der Dos dar: daher je nach den Umständen statt der Caution Zwecks der Collation Abtretung jenes Anspruchs. Die Quellen behandeln auch den Fall, wo ein Dotalversprechen Inhalt der Dos, die Verbindlichkeit aus demselben aber auf die Miterben der sua übergegangen ist; hier vollzieht sich die Collation durch Gewährung der Schuldbefreiung[36]).

Die Vertheilung des Conferendum erfolgt unter Mitzählung der conferirenden sua; erleidet durch die Pflichtige nur ein einzelner Miterbe Einbuße, so wird wie bei der Emancipirtencollation nur diesem conferirt[37]). Bezüglich der Art, wie die Collation zu erzwingen ist, wiederholen sich die bei der Collation der Emancipirten geltenden Grundsätze[38]). Eine Verpflichtung zur Leistung von Früchten seit Eintritt des Erbfalls wird hier in der Regel nur entstehen können, wenn die Frau in Folge der Auflösung der Ehe in den Besitz des Gegenstands der Dos gelangt ist[39]).

Mit einigen Worten ist hier am Schluß der Lehre von der Collation auf die Frage von deren Erzwingbarkeit zurückzukommen. Daß nach römischem Recht der Anspruch auf Collation nicht allein bei den von uns erörterten älteren Zweigen des Instituts, sondern auch bei der dem neueren Kaiserrecht angehörigen Collation der Descendenten nur auf dem Wege des dargestellten mittelbaren Zwangs Schutz findet, wird nach den überzeugenden Ausführungen Fein's mehr und mehr anerkannt[40]). Indessen ist doch wieder in neuerer Zeit von einzelnen Schriftstellern die Behauptung aufgestellt, es entstehe sofort

---

35) l. 1 § 7 D. de dot. collat. 37. 7. l. 4 C. de collat. 6. 20. Wegen des Textes der zweiten Stelle („profecticiam seu adventiciam dotem a patre datam vel constitutam") vergl. Fein S. 156—158. Schmidt S. 122 Anm. 178.

36) l. 1 § 1. 8 D. de dot. collat. 37. 7. l. 2 C. de collat. 6. 20. Einzelnes bei Fein S. 164 ff. Leist S. 234 f.

37) l. 1 § 24 D. de collat. bon. 37. 6. l. 1 § 2. 4 D. de dot. collat. 37. 7.

38) l. 12. 14. 16 C. de collat. 6. 20. Wegen l. 1 pr. D. de dot. collat. 37. 7. l. 8 C. de collat. 6. 20 vergl. Fein S. 168—172. Ueber die Caution (l. 1 § 7 D. de dot. collat. 37. 7. l. 20 pr. D. fam. ercisc. 10. 2): Schmidt S. 125 Anm. 188. 189.

39) Vergl. Fein S. 174. In den Quellen findet sich nur die Aeußerung in l. 5 § 1 D. de dot. collat. 37. 7 vor: von dieser handeln Fein a. a. O. Windscheid III § 610 Anm. 22.

40) Fein S. 110—112. S. 167—174. S. 295—298. Vergl. dann Arndts

mit dem Erbschaftserwerb des Pflichtigen ein klagbarer Anspruch auf Collation. Zum Theil beruft man sich dabei auf Aussprüche des römischen Rechts — l. 1. pr. D. de dot. collat. 37. 7 und die l. 19. 20 C. de collat. 6. 20 von Justinian[41]) —, zum Theil stützt man sich auf deutschrechtliche Quellen und die einheimische Praxis[42]). Allein vom Standpunkt des römischen Rechts muß die Frage als erledigt gelten, und daß für die Entstehung einer klagbaren Forderung ein gemeines Gewohnheitsrecht spräche, ist bisher nicht bewiesen. Bei dieser Lage der Lehre möchte es von Nutzen sein, daß man die Gründe in's Klare stellt, um deren willen das römische Recht sich mit jenem indirecten Zwange begnügt hat. In der Litteratur finden sich darüber, soviel mir bekannt, nur wenige Aeußerungen: nahm man doch bis auf Fein allgemein an, die Collation könne im Wege der Erbtheilungsklage oder einer sonstigen Klage (imploratio officii judicis, actio in factum u. s. f.) unmittelbar erzwungen werden. Auch jene Aeußerungen aber scheinen mir die Frage nicht zu erschöpfen[43]).

Der Grund der Beschränkung, welche der Prätor sich und seiner in der Collation gegebenen Schöpfung auferlegt hat, scheint mir theils

---

Pand. § 530 Anm. 4. Windscheid III § 610 Anm. 25 und die dort citirten Aeußerungen von Schmidt, Brinz und Vangerow.

[41]) So Sintenis III § 189 Anm. 4. Zimmermann, Arch. f. civ. Prax. 51 S. 422 f. (Die Bemerkungen dieses Schriftstellers auf S. 410 gehen auf den Fall, wo der Vorempfang des Pflichtigen für sich allein mehr beträgt, als sein Erbtheil.)

[42]) So neuestens ausführlich Leist, Forts. III S. 451—465.

[43]) Brinz hebt hervor (Abth. II § 172 unter 1), die Collationspflicht stelle sich nach den Quellen als ein Modus des Erbschaftserwerbs (im Gegensatz der Bedingung) dar: aus diesem Modus aber entspringe für den Berechtigten weder nach allgemeinen Grundsätzen noch in Folge besonderer Aufstellung eine Klage auf Erfüllung. Allein wenn auch die dafür angeführte l. 3 pr. D. de collat. bon. 37. 6 jenem Gedanken Nahrung gibt, so bleibt doch die uns interessirende Frage stehen: warum kam es nicht zur Aufstellung einer Klage? — Nach Leist (Forts. III S. 450 f.) läge der Grund des römischen Satzes in der civilistischen Gewissenhaftigkeit der Römer. Da das Conferendum nicht zum Nachlaß gehöre, könne man auch nicht in dem auf den Nachlaß gerichteten Erbtheilungsverfahren direct die Theilung eines Conferendum verlangen. Es fehle ein Mittelglied: in Folge des aus der Erbantretung hervorgehenden Rechtsanspruchs müsse erst die Begründung eines individuellen Rechtsverhältnisses auf Einwerfung vorgenommen werden. Man fordere die stipulatio collationis; mit deren Bestellung empfange der Collationsberechtigte eine specialisirte Klage. — Damit ist nur etwa gezeigt, warum die Erbtheilungsklage nicht stattfindet; hat sich denn aber der Prätor darauf beschränkt, mit den Klaggebilden des Civilrechts Haus zu halten?

darin zu liegen, daß dem bei der Collation vorhandenen rechtlichen Bedürfniß mittelst der oben beschriebenen indirecten Nöthigung des Pflichtigen vollauf genügt wird, theils darin, daß es (auch de lege ferenda) an einem ausreichenden Thatbestande fehlt, auf den man eine klagbare Obligation gründen könnte.

1. Der Anspruch auf Collation knüpft bei allen Anwendungen des Instituts an die Thatsache an, daß neben dem Berechtigten die andere, auf Collation anzusprechende Person zur Erbfolge kommt, damit den Erbtheil des Ersteren schmälert. Eben weil der Andre als Miterbe auftritt, wird es als Anforderung des billigen Rechts behandelt (je nach den einzelnen Anwendungen der Collation bald aus dem einen, bald aus dem andern Grunde), daß derselbe sein Vermögen oder doch bestimmte Vermögensstücke zur Theilung einwerfe. Um dieser Natur der mit dem Collationsanspruche zu verfolgenden Beschwerde willen erscheint es ausreichend, wenn dem Pflichtigen bei ausbleibender Collation sein Erbtheil vorenthalten, wenn dieser Erbtheil äußersten Falls völlig auf den Berechtigten übertragen wird. Das ist der Weg, den das römische Recht eingeschlagen hat.

2. Als verpflichtende Thatsache stellt sich auf Seiten des Collationspflichtigen nur dessen Erbschaftserwerb dar. Hier ist vornehmlich die Erwerbshandlung des heres voluntarius zu betrachten: sie ist noch immer inhaltvoller als das Sicheinmischen des nothwendigen Erben[44]). Ersterer erklärt an sich nur den Willen, die Erbschaft zu erwerben, die Willensrichtung auf Leistung der Collation wird oft genug fehlen. Und immer erfolgt jene Erklärung durch eine einseitige Handlung des Erben. Nun könnte man sich zwar zur Begründung des Verlangens, daß auf diese Handlung eine klagbare Verbindlichkeit zur Collation gegründet werde, darauf berufen, daß der Erbe auf demselben Wege in die Erbschaftsschulden eintritt und die Verpflichtung zur Leistung der Vermächtnisse überkommt. Allein dabei besteht ein wesentlicher Unterschied. Naturgemäß müssen im Erbrecht einseitige Handlungen in weiter Ausdehnung wirksam sein: nicht allein das Ausschlagen der Erwerbungen, sondern auch der Rechtserwerb wie die Uebernahme von Verbindlichkeiten vollzieht sich auf diesem Wege[45]). Allein dazu besteht doch nur insoweit ein Be-

[44]) So lange man bei den älteren Zweigen der Collation die Agnition der bonor. possessio Seitens des Berechtigten forderte, lag auch beim suus stets eine Erwerbshandlung vor.

[45]) Grade so sind im römischen Recht alle rechtlich wirksamen Willenserklärungen des Erblassers einseitige Handlungen.

dürfniß, als das Schicksal des erbschaftlichen Vermögens in Frage steht. Von diesem sind Bestandtheile die Nachlaßschulden[46]), in der Regel auch die vermachten Gegenstände, und wo Sachen des Erben oder eines Dritten vermacht sind, liegt im Grunde ein Austauschen des fortzugebenden Werths gegen den entsprechenden Werth der Erbschaft vor. Nicht so steht es bei der Collation. Sie belastet nothwendig und ausschließlich das eigne Vermögen des Erben, und wenn auch dessen Erbewerben die Entstehung der Collationspflicht veranlaßt, so bewahrt sich doch das Conferendum nach der Auffassung der Quellen die Bedeutung eines selbständig neben der Erbschaft stehenden Erwerbs[47]).

Begegnet uns hiernach in der Collation wesentlich die Uebernahme einer Verbindlichkeit Seitens des Erben gegenüber dem Miterben zu einer Aufopferung aus dem eignen Vermögen, so muß anerkannt werden, daß diese Verbindlichkeit in das Gebiet des Rechtsverkehrs unter Lebenden übertritt. Auf diesem Gebiet aber läßt das Recht die einseitige, nicht rechtswidrige Handlung nur in seltenen Fällen zur Begründung einer Verbindlichkeit des Handelnden ausreichen. Es ist daher durchaus in der Ordnung, wenn sich hier das römische Recht bei der Behandlung der Collation auf den Boden der Regel gestellt, darum die Entstehung einer klagbaren Obligation verneint hat. Dem Anspruch auf Collation soll nur eine Beschränkung des Erbschaftserwerbs des Pflichtigen entsprechen: Letzterer wird mittelbar, durch die drohende Entziehung des Erbtheils, zur Beschaffung der Collation angehalten.

Das hier vom heres voluntarius Gesagte gilt in noch stärkerem Maße vom nothwendigen Erben: indem dieser sich in die Erbschaft einmischt[48]), gibt er nur den Willen zu erkennen, daß er das ohne Weiteres erworbene Vermögen behalte.

---

[46]) Wenn diese den Erben über den Vermögensbestand hinaus verpflichten, so ist der Grund, daß sie fortan seine Verbindlichkeiten sind.

[47]) Ulp. l. 1 § 14 D. de conjung. 37. 8: — nec quod nepotibus confertur a patruo emancipato, ipsi patri conferent: *hoc enim non de bonis avi, sed propter bona postea eis accessit.*

[48]) Vergl. Ulp. l. 1 pr. D. de dot. collat. 37. 7: Quamquam ita demum ad collationem dotis praetor cogat filiam, si petat bonorum possessionem, attamen etsi non petat conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat. — Vergl. l. 9 D. eod.

Dritter Theil: Aenderungen des formellen Notherbenrechts durch Justinian, vor der Novelle 115 *).

§ 31.

Die auf das formelle Notherbenrecht bezüglichen Neuerungen Justinian's, soweit sie vor der Nov. 115 liegen, beschränken sich auf l. 3 und l. 4 C. de lib. praet. 6. 28.

1. Im Eingang der *l. 3 C. cit.* knüpft der Kaiser an eine einzelne Enterbungsformel an: die Wendung „ille filius meus alienus meae substantiae fiat" soll künftig als Ausdruck nicht der Uebergehung, sondern der Enterbung gelten. Allein indem das Gesetz hinzufügt:

cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat,

verleiht er seiner Verfügung einen über jene einzelne Formel hinausreichenden Inhalt. Danach ist in l. 3 C. cit. die Bestimmung zu finden, daß irgend eine Formel für die Erklärung des Enterbungswillens nicht mehr verlangt werden soll [1]).

2. Weiter reichen die mit *l. 4 C. eod.* begründeten Veränderungen.

Zunächst werden dem schon zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Sohne alle lebenden Notherben (Töchter — entferntere Descendenten) gleichgestellt. Dies gilt vorerst in Ansehung der Enterbungsform, indem jetzt durchweg namentliche Enterbung verlangt wird. Das Nämliche wird aber ausgesprochen bezüglich der Wirkungen der Uebergehung. Diese sollen jetzt überall die gleichen sein: bei allen civilen Notherben Nichtigkeit des Testaments, bei prätorischen Notherben die bonor. poss. contra tab. im ganzen Umfange des letzten Willens [2]). Damit ist zwar der Gegensatz des

*) Schmidt S. 153—156. Köppen, Syst. I S. 142—147.

[1]) Vergl. Francke S. 59 f.

[2]) l. 4 § 1 C. cit. Vergl. dazu § 5 J. de exher. lib. 2. 13.

civilen und des prätorischen formellen Notherbenrechts festgehalten, aber das besondere Recht der Accrescenzerben ist aufgehoben.

Streitig ist, ob der im classischen Recht vorliegende Unterschied in Ansehung der bedingten Erbeseinsetzung noch besteht. Nach jenem Recht war nur beim Haussohn Einsetzung unter andrer als potestativer Bedingung unzulässig; Accrescenzerben durften unter beliebiger Bedingung eingesetzt werden. Ob dieser Unterschied fernerhin bestehen soll, wird nicht ausdrücklich in l. 4 C. cit. gesagt, indessen ist er im Geiste des Gesetzes als beseitigt anzusehen. Offenbar hat die l. 4 C. cit. die Aufgabe, die rechtlichen Unterschiede zwischen den einzelnen Classen der Notherben, damit die Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts und der entfernteren Descendenten, zu beseitigen[3]).

Auch die für die Postumi bestehenden besonderen Vorschriften sollen jetzt wegfallen: es wird durchweg, ohne Unterschied des Geschlechts, namentliche Enterbung gefordert.

3. In Anknüpfung an die Frage, wie sich die Nov. 115 zum formellen Notherbenrecht der classischen Zeit verhält, hat Francke[4]) die schon früher von einzelnen Schriftstellern ausgesprochene Ansicht vertheidigt, die Geltung des Letzteren sei durch Justinian's l. 30 C. de inoff. test. 3. 28 wesentlich eingeschränkt worden. In allen Fällen nämlich, wo der Erblasser dem Notherben etwas hinterlassen hatte, habe es nicht mehr zu einer Ungültigkeit des ganzen Testaments, sei es nach Civilrecht, sei es nach prätorischem Recht, kommen können, vielmehr sei hier nur noch die Ergänzungsklage der l. 30 C. cit. zur Anwendung gekommen. Francke selbst hat die erheblichen Bedenken, welche dieser seiner Auffassung entgegenstehen, erkannt und eingehend erörtert[5]): daß es ihm gelungen wäre, sie zu beseitigen, ist nicht zuzugeben. Nicht allein wird in den Institutionen (tit. I. de inofficioso testamento 2. 18) die Ergänzungsklage lediglich als Einschränkung der Querel behandelt, das formelle Notherbenrecht dagegen unverändert dargestellt (tit. Inst. de exheredatione liberorum 2. 13):

---

[3]) Vergl. namentlich § 5 J. cit.: — nostra vero constitutio — simplex et simile jus et in filiis et in filiabus et in ceteris descendentibus per virilem sexum personis — introduxit cet. Vergl. Arndts II S. 563 f. Vangerow II § 469 unter A. 4. Beide widerlegen die Gründe der entgegengesetzten, namentlich von Mühlenbruch 37 S. 215 f. vertheidigten Ansicht.

[4]) Recht der Notherben S. 341—348. S. 362—365. Uebereinstimmend Köppen Syst. I S. 142. 145.

[5]) A. a. O. S. 344—348.

die oben besprochene l. 4 C. de lib. praet. 6. 28, eine Constitution, welche der Kaiser drei Jahre nach *l. 30 C. cit.* ergehen ließ, zeigt auch im Principium wie im § 2, daß dem formellen Notherbenrecht auch bei Bedenkung des Notherben mit einem Vermächtniß die frühere Geltung verblieben war. Was im Inhalt der l. 30 C. cit. der Meinung von Francke eine Stütze zu bieten scheint, ist lediglich die im Principium zweimal vorkommende Wendung, das Gesetz solle für die Fälle Abhülfe schaffen, „in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis *vel alio modo subvertendis* moveri solebat actio.“ Allein das „vel alio modo subvertendis“ läßt sich auf das patronatische Pflichttheilsrecht beziehen.

Bei der Darstellung des Rechts der Novelle 115 ist auf diesen Streit zurückzukommen[6]).

[6]) Vergl. darüber Vangerow II § 486 Anm. unter III. 3. A. Schmidt S. 154—156 in Anm. 5.

Abschnitt II.

Das Pflichttheilsrecht.

Vorbemerkungen.

§ 32.

I. Das formelle Notherbenrecht begründete, wie schon im Eingang von § 2 hervorgehoben wurde, nur eine formelle Beschränkung des testirenden Ascendenten. Dieser konnte, sofern er nur die Exheredationsformen beobachtete, die Kinder willkürlich von der Erbfolge ausschließen, und selbst wenn er sie zu Erben einsetzte, hatte er rücksichtlich des Maßes der Zuwendung freie Hand, er konnte den honor institutionis zu einer inhaltlosen Erweisung einer äußeren Rücksicht machen. Ein solches liebloses Verfahren fand kein hinreichendes Gegengewicht an der sittlichen Verurtheilung der Mitbürger. Denn einmal konnte der Erblasser durch Wahl der früh in Uebung gekommenen schriftlichen Form des Testaments verhindern, daß sein letzter Wille vor seinem Tode bekannt wurde. Und sodann reichte auch das sittliche Gebot thatkräftiger Verwandtenliebe nicht mehr aus, seit mit der Umwandlung Rom's aus einer Stadtgemeinde in ein umfassendes Weltreich die einfachen Sitten der alten Zeit geschwunden waren. Jetzt bedurfte es eines Rechtsinstituts, welches den Vater nöthigte, wenn er testirte, seinem Kinde wenigstens einen bestimmten Bruchtheil des Vermögens zuzuwenden; eine Ausnahme war nur zuzugestehen, wo ein gerechter Grund zur Ausschließung bestand.

Dieses Bedürfniß hat die in der letzten Zeit der Republik oder doch mindestens im Anfang der Kaiserzeit in der Praxis des Centumviralgerichts entstandene querella inofficiosi testamenti in's Leben gerufen. Mit der Klage wird die richterliche Vernichtung des Testaments im Umfang des gesetzlichen Erbtheils des Notherben erzielt, wenn das Testament diesem Erben den ihm vom Recht zugesicherten Theil des Vermögens — den Pflichttheil — lieblos vorenthält: damit kommt es zur gesetzlichen Erbfolge. — Uebrigens bietet das materielle

Notherbenrecht seine Hülfe nicht allein den Descendenten, welche (civiles oder prätorisches) formelles Notherbenrecht haben, es gibt auch ein Pflichttheilsrecht gegenüber dem Testament der Mutter, den mütterlichen Ascendenten und der väterlichen Großmutter, und ebenso nehmen an dieser Erbberechtigung die Ascendenten und die Geschwister Theil.

Bis auf Justinian hat die Querel die einzige Rechtshülfe gebildet, welche das materielle Notherbenrecht dem durch letztwillige Verfügung verletzten Erben an die Hand gab; auch dann bestand nur der eine Weg der Umstoßung des Testaments, wenn dem Notherben zwar etwas, aber nicht der volle Pflichttheil zugewendet war. Erst Justinian hat die Querel in Fällen einer blos unzureichenden Bedenkung ausgeschlossen und andere Formen geschaffen, die zwar dem Notherben den Pflichttheil ohne Verkürzung gewähren, im Uebrigen aber dem Testament seine Geltung belassen.

II. Es ist hier von Neuem in besonderer Anwendung auf das Pflichttheilsrecht die Frage aufzuwerfen, welche im § 1 allgemein für alles Notherbenrecht beantwortet wurde: entspricht dem materiellen Notherbenrecht ein eigenthümliches subjectives Recht? Wir sehen an gegenwärtiger Stelle ab von einer Untersuchung über die Natur der Querel: in dieser Beziehung genügt vorerst die Bemerkung, daß die Klage einen Anspruch im Sinne einer civilen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Thatsache der Vererbung des Vermögens auf der Grundlage des Testaments darstellt. Näher ist hierauf erst unten bei Darstellung des Rechts der Querel einzugehen. Unsre Frage ist demnach die, ob im Anspruch auf den Pflichttheil eine eigenthümliche Erbberechtigung enthalten ist[1]). Hier aber ist Eins sofort klar: soll nach classischem Recht ein solches eigenthümliches

[1]) Die bejahende Ansicht ist so verbreitet, daß es kaum eines Nachweises derselben bedarf. Vergl. z. B. Francke S. 175: „Wird aber gleich bei Jedem, „der die inofficiosi querela anstellen will, Intestaterbrecht vorausgesetzt, so folgt „doch keineswegs aus einem Intestaterbrecht ein Pflichttheilsrecht. Denn „dieses ist ein neues, vorzügliches Recht, das nur besonders begünstigten Intestat„erben beigelegt ist." — Schmidt, Pflichtth.-R. des Patrons S. 71 f. Num. IV: „Jedes Pflichttheilsrecht ist ein Recht auf einen Theil von Jemandes Nachlaß: „daher nur zu gewähren durch Zuwendung aus diesem Nachlaß. Es ist ferner „ein materielles Recht: daher die Form gleichgültig, in welcher diese Zuwen„dung letztwillig erfolgt." — Vergl. dann Köppen, Syst. d. heut. röm. Erbrechts im Grundriß §§ 80—82.

subjectives Recht bestehen, so kann dies nur ein Recht gegen den Erblasser sein. Denn von dessen Tode ab läßt sich, sobald der Pflichttheil nicht gewährt ist, lediglich von der Möglichkeit der Querel reden, bei dieser aber ist nur zweierlei gegeben. Zunächst der civile Anspruch auf Restitution gegen die Thatsache testamentarischer Vererbung des Nachlasses, — also das, was wir oben als den Inhalt der Querel bezeichneten. An zweiter Stelle begegnet die vom Notherben in Anspruch zu nehmende gesetzliche Erbberechtigung, die nach erfolgter Beseitigung des Testaments deferirt wird. Jenes subjective Recht gegen den Erblasser ist dagegen aus demselben Grunde zu leugnen, aus dem ich im § 1 allgemein die Annahme einer eigenthümlichen Erbberechtigung des Notherben bestritten habe. Begrifflich besteht für den lebenden Erblasser nur eine Beschränkung von dessen Testirfreiheit: diese hat beim Pflichttheilsrecht den besonderen Inhalt, daß dem Notherben der Pflichttheil zugewendet werden muß.

Für das Justinianische Recht ist ohne Weiteres die gleiche Antwort zu ertheilen, wenn dem Notherben gar nichts gewährt ist. Hat ihm dagegen der Erblasser eine Zuwendung gemacht, die nur nicht dem vollen Pflichttheil entspricht, ist also zur Ergänzungsklage zu greifen, so läßt sich dem Erblasser gegenüber von einem subjectiven Recht so wenig reden wie im vorigen Fall: gegenüber dem Testamentserben aber ist ein einfacher persönlicher Anspruch, als Inhalt jener Klage, gegeben.

III. Neben der im Folgenden zu entwickelnden Pflichttheilsberechtigung der Verwandten bieten uns die Quellen eine Pflichttheilsberechtigung des Patrons dar; dieser nachgebildet aber ist die gleiche Berechtigung des Parens Manumissor. Eine selbständige Darstellung dieser Institute [2]) wird von uns nicht unternommen, da Beide an sich der Geschichte angehören. Dagegen sind die in Ansehung dieser Berechtigungen, zumal der ersten, von den Römern ausgebildeten Rechtssätze vielfach zur Ergänzung des vorhandenen Materials der Quellen über die Querel zu benutzen. Mit Rücksicht darauf wird hier ein Abriß der geschichtlichen Entwicklung Beider eingefügt als Grundlage für die späteren Erörterungen über einzelne Rechtssätze.

A. Die Ausbildung einer Pflichttheilsberechtigung des Patrons

---

[2]) Eine vollendete Behandlung haben dieselben in unsrer Zeit erfahren in der Schrift von Ad. Schmidt, das Pflichttheilsrecht des Patrons und des Parens Manumissor (1868). Auf diese stützt sich der hier folgende kurze Abriß.

durch den Prätor, in der bonor. poss. contra tab. gegenüber dem Testament des Freigelassenen, steht im Zusammenhang mit der Einschränkung der bei der Freilassung vom bisherigen Sclaven abzugebenden Versprechen ad onerandam libertatem. Nachdem schon der Prätor Rutilius erklärt hatte, — wohl 636 — er werde nur eine Klage ertheilen aus dem Versprechen von Diensten (operarum actio) und aus der auf den Fall des Ungehorsams wie der Undankbarkeit zugesagten Societät rücksichtlich des Vermögens des Freigelassenen (societatis actio), edicirte man später — zwischen 636 und 680 a. u. —, daß nur eine operarum actio stattfinden sollte[3]). Eben mit Rücksicht auf diese Einschränkung der bisherigen Rechte des Patrons aus Zusagen unter Lebenden sowie in Anlehnung an die zur Erweiterung der gesetzlichen Erbberechtigung des Patrons aufgestellte bon. poss. dimidiae partis contra suos non naturales verpflichtete der Prätor den Freigelassenen, der nicht von leiblichen Kindern (liberi naturales) beerbt wurde, dem Patron mindestens die Hälfte seines Vermögens im Testament zu hinterlassen. War dieser Anforderung nicht entsprochen, so erhielt der Patron die erwähnte bon. poss. contra tabulas auf die Hälfte[4]).

Das prätorische Institut trug ursprünglich eine doppelte Beschränkung an sich. Die eine ist zum Theil schon erwähnt. Das Testament schloß den Patron gültig aus, wenn in ihm (zu irgendwelchem Theil) die liberi des Freigelassenen zu Erben eingesetzt waren. Die liberta aber unterlag dem Pflichttheilsrecht überhaupt nicht; bei ihr fand der Patron eine ausreichende Sicherheit in der ihm zustehenden gesetzlichen Tutel, welche jede letztwillige Verfügung der Freigelassenen von seiner Zustimmung abhängig machte[5]). — Die andere Schranke betrifft die Person des Berechtigten. Am ursprünglichen Pflichttheilsrecht hatte die Patronin nicht Theil; von den Descendenten des Patrons aber gelangten dazu nur die männlichen, durch Männer abstammenden, nicht die weiblichen oder durch Frauen mit dem Patron verbundenen Descendenten[6]). Auf beiden Punkten ist

---

[3]) l. 1 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. l. 2 pr. § 1 D. de op. libert. 38. 1. Schmidt S. 5 f. S. 8—10.

[4]) Gaj. III. 41. Ulp. 29. 1. § 1 J. de success. libert. 3. 7. l. 1 § 2 D. de bon. libert. 38. 2.

[5]) Gaj. III 43. Ulp. 29. 2. Schmidt S. 12 f. verbunden mit S. 6.

[6]) Gaj. III 45. Ulp. 29. 4—6. Schmidt S. 13 f.

die spätere, in der lex Papia Poppaea wurzelnde Entwicklung über die ursprünglichen Schranken hinausgegangen. Zunächst sollen hier die Bestimmungen des genannten Gesetzes, sodann die auf späterer Gesetzgebung beruhenden Veränderungen des Pflichttheilsrechts besprochen werden.

1. Während ursprünglich die patronatische Pflichttheilsberechtigung durch die zur Erbfolge gelangenden liberi naturales des Freigelassenen ausgeschlossen wurde, machte die lex Papia Poppaea eine Ausnahme bei dem Freigelassenen, dessen Nachlaß mindestens 100,000 Sestertien betrug, — dem libertus centenarius. Wenn ein solcher weniger als drei Kinder hinterließ, so sollte dem Patron sowie seiner männlichen, durch Männer mit ihm verbundenen Descendenz eine bon. poss. contra tab. auf einen Kopftheil (virilis pars) zustehen[7]. — Die Freigelassene (liberta) wurde jetzt durch das jus quatuor liberorum von der gesetzlichen Vormundschaft frei, erlangte damit die Möglichkeit freier letztwilliger Verfügung. Dem entsprechend erhielt nun gegen deren Testament der Patron und dessen beschriebene Descendenz eine bon. poss. contra tab. auf einen Kopftheil[8].

Der Patronin — der freigebornen mit zwei, der freigelassenen mit drei Kindern — gewährte das Gesetz das auf dem Edict beruhende Pflichttheilsrecht des Patrons[9]. Die freigeborne Patronin mit drei Kindern erhielt auch den vom Gesetz dem Patron gegen den Nachlaß der libertus centenarius verliehenen Erbanspruch[10].

Nach demselben Gesetz soll die Patronin, welche das jus liberorum hat, gegen den Nachlaß einer liberta, wenn in diesen leibliche Kinder der Erblasserin nicht succediren, die dem Patron durch das Edict gewährte bon. poss. contra tabulas erhalten[11]. — Auch die Nachkommen der Patronin sowie die leibliche Descendenz des Patrons erhalten nun Pflichttheilsberechtigung, und zwar werden die Letzteren nach dem Vorbild des Patrons, die Ersteren nach dem der Patronin behandelt[12].

---

7) Gaj. III 42. 45. § 2 I. de success. libert. 3. 7.

8) Ulp. 29. 3. 4. Gaj. III 44. 45. Schmidt S. 15—17.

9) Gaj. III 50. Ulp. 29. 6.

10) Gaj. III 50.

11) Gaj. III 52.

12) Vergl. das Einzelne bei Schmidt S. 18—23.

2. An Veränderungen, die sich auf die spätere Kaisergesetzgebung gründen, sind diese hervorzuheben.

Mit dem Wegfall der gesetzlichen Tutel des Patrons in später Kaiserzeit mußte die Pflichttheilsberechtigung gegenüber der liberta eine allgemeine werden. — Ebenso fiel in den unter 1 (bei Anm. 9—12) angedeuteten Fällen die Bedingung des jus liberorum weg, seit mit Constantin die Nachtheile des Cölibats und der Kinderlosigkeit beseitigt wurden [13]).

Umgekehrt wurde die Pflichttheilsberechtigung gegenüber dem Nachlaß der liberta beschränkt durch das SC. Orphitianum (178 n. Chr.). Dieses gewährte den Kindern ersten Grades eine gesetzliche Erbberechtigung gegenüber dem Nachlaß der liberta, augenscheinlich neben der gleichen Berechtigung des Patrons. Dadurch mußte auch der Pflichttheil des Letzteren etwas an seinem bisherigen Umfange einbüßen [14]).

Für die Erbberechtigung der Kinder des Patrons traten Beschränkungen ein zufolge eines Gesetzes von Valentinian III. [15]). Justinian aber hat die Erbfolge in den Nachlaß Freigelassener durch ein nur in Bruchstücken und Auszügen auf uns gekommenes Gesetz — vergl. l. 4 C. de bon. libert. 38. 2 — neu geordnet. Danach besteht Pflichttheilsberechtigung nur bei Erbschaften solcher Freigelassener, welche 100 aurei oder mehr im Vermögen haben. Der Patron, die Patronin und ihre Descendenz bis zum fünften Grade, unter Ausschluß jedoch der Adoptivkinder, haben den Pflichttheil zu fordern, wenn der Freigelassene nicht durch Descendenten beerbt wird. Zu Letzteren werden auch die in der Sclaverei gebornen und nach den Eltern freigelassenen Kinder gezählt, nicht dagegen die Adoptivkinder. Die Höhe des Pflichttheils beläuft sich nicht mehr auf die Hälfte des Nachlasses, sondern auf ein Drittel [16]).

Ein Unterschied des Geschlechts besteht bei dieser Pflichttheilsberechtigung nicht mehr [17]).

B. Dem *parens manumissor* gewährt das prätorische Edict eine der patronatischen Pflichttheilsberechtigung nachgebildete bon. poss.

---

[13]) l. 1 C. Th. de infirm. poen. coelib. 8. 16. l. 1. 2 C. J. eod. 8. 58.

[14]) l. 1 pr. § 9 D. ad SC. Tertull. 38. 17.

[15]) Nov. Valentin. III tit. 24 (Haen. col. 205—209).

[16]) l. 4 § 9—14. 15. 22 C. de bon. libert. 6. 4. § 3 J. de success libert. 3. 7.

[17]) Ueber das unter 2 Gesagte Näheres bei Schmidt S. 24—31.

contra tabulas[18]). Voraussetzung ist, daß der Ascendent nach Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Mancipation — beim Sohn dreimalige Mancipation — die manumissio selbst vornimmt; zu dem Ende muß bei der Mancipation die Remancipation durch pactum fiduciae ausbedungen werden. Erst Justinian, der die Emancipationsform ändert, beseitigt dies: es soll fortan stets so angesehen werden, als wäre eine Emancipation contracta fiducia erfolgt[19]). Das Edict nennt als zur contra tab. b. p. berechtigten Manumissor den Vater, den väterlichen Großvater und den Vater des väterlichen Großvaters[20]). Der extraneus manumissor hat an diesem Pflichttheilsrecht nicht Theil: so auch nicht der Adoptivvater, der das Adoptivkind wieder aus der Gewalt entlassen hat, damit lediglich in die Stellung eines extraneus manumissor eingetreten ist[21]).

Der Pflichttheil betrug ohne Zweifel von Anfang an die Hälfte des Nachlasses, er steigerte sich jedoch zum Betrage des ganzen Vermögens, wenn der Emancipirte eine bescholtene Person zum Erben eingesetzt hatte[22]). Justinian hat den regelmäßigen Betrag auf ein Drittel der Erbschaft gemindert; die genannte Ausnahme ist dagegen stehen geblieben[23]).

Grundlage dieser Pflichttheilsberechtigung ist der gesetzliche Erbanspruch des emancipirenden Ascendenten. Ursprünglich steht Letzerer hinter den sui des Emancipirten, das Edict setzt an deren Stelle die liberi[24]). Die Annahme von Schmidt, daß die dem Patron gewährte bon. possessio auf die Hälfte gegen die sui non naturales dem Quasipatron versagt blieb, daß daher adoptirte Kinder des eman-

---

18) Davon handelt Dig. 37. 12 si a parente quis manumissus sit. Vergl. dann Schmidt, Pflichttheilsrecht S. 125 ff.

19) § 8 J. de legit. agnat. tut. 3. 2. § 5 J. de bon. poss. 3. 9. l. 4 § 25 C. de bon. libert. 6. 4. Vergl. dann § 6 J. quib. mod. jus potest. 1. 12. l. 6 C. de emanc. 8. 49.

20) l. 1 pr. § 1 D. si a parente 37. 12. Vergl. l. 5 § 2 D. ad SC. Tertull. 38. 17.

21) Ulp. l. 2 § 15 D. ad SC. Tertull. 38. 17: — sed nec ad bonorum possessionem contra tabulas eum admitti, cum pater esse desierit. Vergl. Gaj. II. 136. § 4 J. de exher. lib. 2. 13. § 10. 11 J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 4 D. si tabulae 38. 6. Schmidt a. a. O. S. 133 Anm. 22. S. 144. Kuntze, Cursus § 904. Anders mit Unrecht Mühlenbruch 35 S. 223 z. A.

22) l. 3 pr. D. si a parente 37. 12.

23) § 3 J. de success. libert. 3. 7. l. 4 § 15 C. de bon. libert. 6. 4.

24) Ulp. 26. 8. l. 10 D. de suis 38. 16. l. 2 § 15 D. ad SC. Tertull. 38. 17.

cipirten Sohns einen Vorzug hatten[25]), ist eine sehr wahrscheinliche. In der Kaiserzeit vollzieht sich dann eine fortschreitende Schmälerung dieser gesetzlichen Erbberechtigung; dem entsprechend wird der Pflichttheilsanspruch zurückgedrängt. Vermindert erscheint jene gesetzliche Berechtigung vor der Nov. 118 zunächst im Verhältniß zur Mutter des Erblassers nach dem SC. Tertullianum[26]), — sodann beim Nachlaß der emancipirten Tochter im Verhältniß zu deren Kindern nach dem SC. Orphitianum und einer ergänzenden Constitution von Gratian, Valentinian und Theodosius[27]), — endlich im Verhältniß zu den nächsten Seitenverwandten des Emancipirten[28]). Von andrer Wirkung noch war die Nov. 118. Es muß mit der herrschenden Ansicht behauptet werden, daß Justinian, indem er hier die gesetzliche Erbfolge auf der Grundlage der Blutsverwandtschaft neu regelte, die besondere Erbberechtigung des parens manumissor als solche beseitigen wollte. Für diesen Satz stimmt mit Recht die weit überwiegende Mehrzahl der heutigen Juristen[29]); Beweis für denselben ist schon das Schweigen der Novelle über den Quasipatron, mehr noch die ausdrückliche Bestimmung in Kap. II des Gesetzes, daß die dort geregelte Erbfolge der Ascendenten und Geschwister ohne Unterschied Platz greifen soll, der Erblasser möge fremder Gewalt unterworfen oder gewaltfrei gewesen sein. Hiezu kommt, daß die Annahme fortdauernder Erbberechtigung des parens manumissor die Erbfolgeordnung der Novelle durchkreuzen, in Einem Falle (bei Concurrenz des Emancipirenden mit Kindern vollbürtiger Geschwister und mit Halbgeschwistern des Erblassers) zu einer unlösbaren Verwicklung führen würde[30]).

Auch die patronatische Pflichttheilsberechtigung erlischt nun in

---

[25]) Schmidt, a. a. O. S. 134 bei Anm. 27.

[26]) l. 10 D. de suis 38. 16. l. 2 § 15 D. ad SC. Tertull. 38. 17. Vergl. l. 5 § 2 D. eod.

[27]) l. 1 § 9 D. ad SC. Tertull. 38. 17. l. 3 C. Th. de legit. her. 5. 1. (Vergl. l. 4 C. J. ad SC. Orphit. 6. 55.)

[28]) l. 7 § 1 C. ad SC. Tertull. 6. 56. l. 13 C. de legit. her. 6. 51. — Vergl. das Nähere über diese Veränderungen bei Schmidt S. 154—160. S. 167 f. Schirmer, Handb. I S. 152—161. S. 185—188.

[29]) So Francke S. 485. Mühlenbruch **35** S. 220 f. **37** S. 358 f. Arndts II S. 45. Schirmer I S. 191 f. Anm. 157ª. Schmidt S. 163—165.

[30]) Arndts II S. 45. Vergl. Schirmer I S. 188—192, besonders Anm. 157ª. Schmidt S. 163—165.

ihrer Besonderheit. Man wird es zu bezweifeln haben, daß dieselbe schon durch die Nov. 115 vollständig beseitigt, nicht blos abermals beschränkt wurde[31]); unbedingt aber ist sie weggefallen, seit ihr durch Nov. 118 die Unterlage einer selbständigen gesetzlichen Erbberechtigung entzogen ist.

IV. Es ist jetzt noch Einiges über die Anordnung zu sagen, nach welcher der auf das Pflichttheilsrecht bezügliche Stoff hier vorgetragen werden soll. Da wir das Pflichttheilsrecht als Theil des Notherbenrechts behandeln, so muß für die Eintheilung jenes Stoffs vor Allem der Gedanke maßgebend sein, daß es sich um eine Erbfolge gegen den letzten Willen handelt. Von dieser Auffassung aus ergeben sich drei Haupttheile des gemeinen Pflichttheilsrechts der Verwandten.

Im Theil I sind die subjectiven Voraussetzungen der Pflichttheilsberechtigung und der wegen deren Verletzung zu erhebenden Ansprüche zu betrachten. Nächste Aufgabe ist hier die Darstellung der Classen von Verwandten, welchen Pflichttheilsberechtigung zusteht; sodann ist von den weiteren subjectiven Voraussetzungen zu handeln, insbesondere von der im einzelnen Fall zu verlangenden nächsten gesetzlichen Erbberechtigung. (So die §§ 33—36.)

Den Gegenstand vom Theil II bildet die Verletzung des Berechtigten durch ungerechtfertigte Ausschließung vom Pflichttheil. Dabei ist vorweg (§§ 37. 38) vom Begriff, Umfang und der Berechnung des Pflichttheils, — an zweiter Stelle von den Formen zu reden, in denen der Pflichttheil zugewendet werden kann, sowie von den in den Pflichttheil einzurechnenden Erwerbungen des Notherben (§§ 39—41). Daran schließen sich die Gründe einer zulässigen Ausschließung vom Pflichttheil an (§§ 42. 43). Der Mangel eines die Ausschließung rechtfertigenden Grundes führt von selbst auf den vorangestellten Begriff der ungerechtfertigten Ausschließung.

Der Theil III umfaßt die Folgen der Verletzung der Pflichttheilsberechtigung. Zu erörtern sind

A. die Formen der Rechtshülfe bei unzulänglicher Zuwendung des Pflichttheils, — mit Ausscheidung der erst hinter der Querel zu erörternden Ergänzungsklage (§§ 44. 45),

---

[31]) Bemerkungen hierüber bei Bluntschli S. 252 f. Mühlenbruch 37 S. 356—358. Schmidt S. 169 f.

B. das Recht der *querella inofficiosi testamenti* (§§ 46—57), C. das Recht der Ergänzungsklage (§ 58). Unter fortlaufenden Nummern werden dann an das Pflichttheilsrecht angereiht: Theil IV, welcher die Verletzung des Pflichttheils durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden behandelt (§§ 59—66),

Theil V, wo die anomalen Pflichttheilsberechtigungen des arrogirten Unmündigen und der armen Wittwe dargestellt werden (§§ 67. 68).

Als Anhang des gesammten Notherbenrechts behandle ich am Schluß das Notherbenrecht bei Pupillarsubstitutionen, — bei Soldatentestamenten und Verfügungen über castrensisches wie quasicastrensisches Vermögen. (§§ 69. 70.)

Wenn auch der vorliegende zweite Abschnitt dieser Abhandlung im Grundsatz das neueste, in der Nov. 115 gegebene Recht von der Darstellung des materiellen Notherbenrechts ausschließt, so hat doch die Grenze bei einzelnen Lehren überschritten werden müssen, da anders ein befriedigender Ueberblick über diese Lehren nicht gewährt werden konnte. Einem Bedenken können diese Abweichungen vom Plane der Arbeit nicht wohl begegnen, da bei keiner der bezüglichen Lehren ein näheres Eingehen auf die großen an die Nov. 115 anknüpfenden Fragen erforderlich gewesen ist[32]).

---

[32]) Das im Text Gesagte gilt namentlich von den folgenden Ausführungen: a. §§ 33—35 (Personen mit Pflichttheilsberechtigung). b. § 65 unter A. a. E. (Behandlung der Ausschließungsgründe bei der querella inofficiosae donationis). c. § 67 bei Anm. 19 (Verhältniß des Anspruchs auf die quarta D. Pii zum gemeinen Pflichttheilsrecht). d. § 69 bei Anm. 8—12 (Notherbenrecht in Anwendung auf die Pupillarsubstitution.) e. § 70 unter IV (Notherbenrecht beim Soldatentestament, beim peculium castrense und quasi-castrense). — Vergl. auch § 43 unter I a. E. IV a. E. (Ausschließung in wohlmeinender Absicht). § 53 bei Anm. 32 in Verbind. mit § 56 a. E. (Succession bei der Querel). § 59 z. A. (Notherbenrecht bei Erbverträgen).

Erster Theil: Subjective Voraussetzungen der Pflichttheilsberechtigung.

I. Personen mit Pflichttheilsberechtigung.

§ 33.

A. Descendenten *).

Das Justinianische Recht kennt als pflichttheilsberechtigte Personen nur die Descendenten, Ascendenten und Geschwister des Erblassers[1]). Diese drei Classen sind nach einander zu besprechen: dabei wird es der Uebersichtlichkeit wegen Berürfniß, daß die dem neuesten Recht angehörigen Veränderungen schon bei der gegenwärtigen Darstellung berücksichtigt werden.

Es ist sehr wahrscheinlich, daß man Anfangs in Ansehung der mit jenen drei Classen von Verwandten gegebenen Grenze geschwankt hat: dafür spricht, daß die Quellen es mehrfach zu betonen nöthig finden, den entfernteren Seitenverwandten stehe ein Notherbenrecht nicht zu. (Vergl. die Stellen der Anm. 1). In welcher Ausdehnung aber Seitenverwandte ursprünglich zur Anfechtung eines pflichtwidrigen Testaments zugelassen wurden, ob insbesondere jemals alle Cognaten bis zu den Sobrinen mit Erfolg klagen konnten[2]), ist beim Mangel eines Anhalts in den Quellen nicht zu sagen. Am wenigsten läßt sich auf die kurzen Notizen über einzelne Rechtsfälle bei Valer. Max. c. 7 und 8, die es überdies vielfach an einer scharfen Bezeichnung der juristisch relevanten Thatsachen fehlen lassen, die von früheren Schriftstellern ausgesprochene Meinung gründen, daß nicht blos Verwandte, sondern schon Personen, die mit dem Erblasser durch ein engeres Freundschaftsverhältniß verbunden waren, zur Querel grei-

*) Francke S. 178—187. Mühlenbruch 35 S. 148—150. S. 157—188.

[1]) Dieselben werden neben einander genannt in pr. § 1 J. de inoff. test. 2. 18. Ulp. l. 1 D. eod. 5. 2. Wegen der Ausschließung entfernterer Seitenverwandten vergl. noch Dioclet. l. 21 C. eod. 3. 28.

[2]) Dies vermuthet Klenze, Zeitschr. f. geschichtl. R.-W. VI S. 77 f. Vergl. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 339 f.

sen konnten[3]). Nur der Zweifel möchte nicht ohne alle Berechtigung sein, ob man die Zulassung zur Querel seit deren Entstehung vom Vorhandensein nächster gesetzlicher Erbberechtigung abhängig gemacht hat[4]). In der classischen Zeit aber stand nicht allein dieser Satz fest, sondern auch die Beschränkung der Querel auf die Eingangs genannten Verwandtenclassen[5]). Bevor Letztere im Einzelnen durchgegangen werden, bedarf es einer näheren Bestimmung des allgemeinen Satzes, daß diesen drei Classen die Pflichttheilsberechtigung zukommt.

Zunächst bei den Descendenten ist ohne Zweifel Agnation nicht erforderlich[6]). Dasselbe gilt von den Ascendenten, denn nicht allein wird überall deren Pflichttheilsberechtigung ohne Einschränkung auf das peculium castrense bezeugt[7]), sondern es ist auch unter den parentes die Mutter begriffen[8]), und das Pandektenrecht bezeugt eine Querel des Vaters gegen das Testament des in Adoption gegebenen Sohnes[9]). Endlich ist für die Zeit der classischen Juristen mit großer Wahrscheinlichkeit auch allen cognatischen Geschwistern Pflichttheilsberechtigung beizulegen. Wenn Ulp. l. 1 D. h. t. äußert:

— *cognati* enim proprii (proprie ii? Momms.) *qui sunt ultra fratrem* melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent —,

so wird man darin den Gedanken ausgesprochen finden dürfen, daß cognatische Geschwister jedenfalls die Querel anstellen können. Ebenso

---

[3]) Darüber Francke S. 169. Mühlenbruch a. a. O. S. 141—143.

[4]) Dafür darf freilich nicht auf den Fall des leiblichen Vaters verwiesen werden, dem der Nachlaß des in Adoption gegebenen Kindes zugesprochen wird (Valer. Max. VII 7 n. 5): hier liegt keine Querel vor. Wohl aber erregt Zweifel die Darstellung des von einem in Adoption gegebenen Sohn durchgesetzten Anspruchs das. VII 7 n. 2.

[5]) Vergl. Francke S. 173 f., wo auch die Frage einer Interpolation der l. 1 D. h. t. 5. 2 berührt wird.

[6]) Vergl. l. 5. l. 6 pr. l. 14. l. 16 pr. l. 19. l. 22 pr. l. 27 § 4. l. 29 § 1. 3 D. h. t. 5. 2. l. 7 C. eod. 3. 28.

[7]) l. 1. l. 15 pr. l. 31 § 1 D. h. t. § 1 J. h. t. — Ueber den Fall des peculium castrense vergl. § 34 unter A.

[8]) l. 2 C. Th. h. t. 2. 19. l. 17. l. 28 C. J. eod. 3. 28. Vergl. auch l. 8 § 5 D. eod. Da die mütterlichen Ascendenten und die väterliche Großmutter nur in der Classe Unde cognati zur Erbfolge kamen, so konnten sie auch nur unter der Voraussetzung den Pflichttheil beanspruchen, daß ihnen im concreten Falle eine solche Erbberechtigung zur Seite stand.

[9]) l. 30 pr. D. h. t. Davon unten im Texte.

spricht noch l. 21 C. h. t. allgemein von frater und soror. Es ist daher sehr wahrscheinlich, daß erst Constantin (l. 1 C. Th. h. t. 2 19, übergegangen in l. 27 C. J. eod.) das Erforderniß der Agnation aufstellte und die uterini ausschloß [10]). Sehr fraglich freilich ist es, ob für den vermutheten Satz ein Zeugniß aus Ulp. l. 6 pr. D. h. t. entnommen werden kann. Die in Frage kommende Aeußerung:

Postumus inofficiosum testamentum potest dicere — *cognatorum*, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere —

kann im Munde Ulpian's auch auf die Querel der Enkel gegen letztwillige Verfügungen mütterlicher Ascendenten hindeuten [11]).

Mit der Eingangs genannten subjectiven Begrenzung des Querelrechts wird man — das ist eben des Zusammenhangs wegen schon hier zu erwähnen — die Grundsätze über die Art der Hinterlassung des Pflichttheils in Verbindung zu bringen haben. Dieser kann dem Notherben nicht blos durch Erbeseinsetzung, sondern auch durch Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall sowie — mit Vorschrift der Anrechnung auf den Pflichttheil — durch Schenkung unter Lebenden gewährt werden [12]). Ein solcher Satz ergab sich nothwendig, sobald man die Pflichttheilsberechtigung von Personen anerkannte, in Ansehung deren die dem formellen Notherbenrecht eigenthümliche Vorschrift der Einsetzung oder Enterbung nicht bestand. Das Civilrecht gewährte nur den sui, das prätorische Recht nur den liberi formelles Notherbenrecht. Dagegen bestand eine ähnliche Verpflichtung weder für die letztwillig verfügende Frau gegenüber ihren Descendenten, noch für irgend einen Erblasser gegenüber den Ascendenten und Geschwistern. Eben darum mußte die Anforderung des Rechts, daß allen solchen Pflichttheilsberechtigten ein bestimmter Theil des Vermögens hinterlassen werde, die Form der Zuwendung als gleichgültig behandeln. Bei den sui und den liberi bestand wegen der hier dem Erblasser obliegenden Verpflichtung zur Ein-

---

10) So theils mehr theils weniger bestimmt Bluntschli S. 150. Mühlenbruch S. 147 f. Köppen Syst. I S. 126.

11) Dafür *Pothier*, pand. Justin. V. 2 n. V. in not. Francke S. 178. Vergl. auch *Cujac.* rec. sol. ad h. l. (op. ed. Neapol. VII. 171 ff.) — Dagegen sprechen bestimmt von Seitenverwandten, namentlich von den uterini, *Ant. Faber*, ration. ad h. l. und andere bei *Schulting-Smallenburg* ad h. l. Genannte, — ebenso Mühlenbruch a. a. O.

12) Davon im § 39.

setzung und Enterbung ein zwingender Grund für die Annahme eines solchen Rechtssatzes nicht: darum wird derselbe sich auch nicht bei ihnen zuerst gebildet haben.

Zu erinnern ist hierbei an die gleiche Erscheinung in dem für den Patron geltenden Pflichttheilsrecht. Auch diesem kann der Pflichttheil in den verschiedenen oben in Anwendung auf das Pflichttheilsrecht der Verwandten bezeichneten Formen gewährt werden[13]), und auch hier erklärt sich der Satz von selbst, sobald man im Auge behält, daß dem Patron ein formelles Notherbenrecht überall nicht zur Seite steht.

Ich komme zu den einzelnen Classen der Berechtigten.

I. Descendenten. Der obige Satz, daß die Pflichttheilsberechtigung nicht durch Agnation bedingt ist, läßt die Descendenten in weitester Ausdehnung zur Querel gelangen. Gegenüber den männlichen Ascendenten, denen an sich die väterliche Gewalt zustehen könnte, erscheinen berechtigt der Emancipirte, die von diesem nach seinem Austritt aus der Gewalt erzeugten Kinder nach Wegfall des Erzeugers, das in Adoption gegebene, vom Adoptivvater emancipirte Kind, — allgemein gewaltfreie Descendenten, welche an der bon. poss. Unde liberi Theil haben[14]). — Gegenüber der Mutter hatten die Kinder bis zum SC. Orphitianum, gegenüber den mütterlichen Großeltern wie der väterlichen Großmutter hatten die Enkel, bevor sie durch kaiserliche Constitutionen civile Erbberechtigung erhielten, nur in der prätorischen Classe Unde cognati Erbberechtigung und bedingt durch diese Pflichttheilsberechtigung[15]). Als dann auf den bezeichneten Wegen civile Berechtigung gewährt wurde, besserte sich in entsprechender Weise die Stellung im Pflichttheilsrecht[16]).

Nicht gegen den Vater, wohl gegen die Mutter und die mütterlichen Ascendenten haben materielle Notherbenberechtigung die un-

[13]) Vergl. einstweilen l. 3 § 15—19 D. de bon. libert. 38. 2. Dazu Schmidt Pflichtth.-Recht S. 71—73.

[14]) l. 14 D. l. 7 C. h. t. Vergl. l. 3 pr. l. 6 pr. § 4 D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 5 § 1 D. si tabulae 38. 6.

[15]) Auf eine hieher bezügliche Querel gegen das mütterliche Testament geht der Fall bei Plin. ep. V. 1. Vergl. auch Valer. Max. IV. 7 n. 4; 8 n. 2. Mühlenbruch 35 S. 144.

[16]) l. 4 C. Th. de legit. her. 5. 1 = l. 9 C. J. de suis et legit. 6. 55. (Dazu Francke S. 178 Anm. 14). Querel gegen das mütterliche Testament z. B. in l. 5. l. 16 pr. l. 19 D. h. t.

ehelichen Kinder[17]). Nach canonischem Recht steht den Kindern aus putativer Ehe, sofern diese öffentlich eingegangen ist, die gesetzliche Erbberechtigung, damit auch die Pflichttheilsberechtigung ehelicher Kinder zu[18]). Ferner legt man diese ohne Streit den Legitimirten bei, und ohne Grund hat man bei der Legitimation durch Rescript den Anspruch gegen entferntere Ascendenten, deren Zustimmung zur Legitimation nicht eingeholt ist, versagen wollen. Denn Justinian's Verordnungen[19]) machen die Legitimation und die mit dieser verbundene Gewährung der vollen Rechte ehelicher Kinder von einer solchen Zustimmung überall nicht abhängig. Bei der weiteren Frage, ob auch dann materielle Notherbenberechtigung zuzugestehen ist, wenn das Rescript trotz des Vorhandenseins ehelicher Kinder erging, hat man zu sagen, ob in einem solchen Falle der Landesherr den Grundsätzen des römischen Rechts entgegen (Anm. 19) legitimiren kann. Daß dies Praxis sei, behauptet Schirmer, Handb. I. § 12 Anm. 5 a. E.; auch ist dafür das Urtheil bei Seuffert, Arch. **3**. 65 und etwa noch das Decret des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 7. März 1852 im Arch. f. prakt. R.-W. VI. S. 475 f. (Dagegen ist zweifelhaft Seuffert **21**. 241, unerheblich **14**. 239). Jedenfalls ist nicht zuzugeben, daß ein zureichender Beweis eines Gewohnheitsrechts vorläge[20]). Wäre freilich die Legitimation gültig, so müßte sie auch Pflichttheilsberechtigung gewähren[21]).

Besondere Schwierigkeiten bietet die Frage nach der Berechtigung der in Adoption gegebenen Kinder. Ohne Streit bleibt diesen Pflichttheilsberechtigung gegenüber der Mutter und den mütterlichen Ascendenten[22]). Die gleiche Berechtigung ist in Anwendung auf den Adoptivvater ohne Bedenken im Fall der Arrogation wie der adoptio plena nach der durch Nov. 118 nicht abgeänderten l. 10 pr. § 5 C.

[17]) l. 29 § 1 D. h. t. verglichen mit l. 8 D. Unde cognati 38. 8. — Wegen der mit der Fassung von Nov. 18 c. 5. Nov. 89 c. 4 unverträglichen, auch heutzutage aufgegebenen Annahme einer Pflichttheilsberechtigung der Concubinenkinder vergl. Mühlenbruch **35** S. 161 f. — Ueber die Frage, wieweit eine solche Berechtigung den im Incest erzeugten Kindern zu versagen ist, Francke S. 179 f.

[18]) c. 2. c. 14 X. qui filii sint legit. 4. 17 vergl. mit c. 3 § 1 X. de clandest. despons. 4. 3. Dazu Schirmer I S. 213—215.

[19]) Nov. 74. pr. c. 1. c. 2 pr. Nov. 89 c. 9.

[20]) Vergl. Windscheid, II § 522 Anm. 4.

[21]) Mühlenbruch **35** S. 163—166.

[22]) Vergl. l. 10 § 1 C. de adopt. 8. 48.

de adopt. 8. 48 anzuerkennen, im Fall der adoptio minus plena nach l. 10 § 1 C. eod. zu versagen. — Wer ein Kind adoptiren kann, ist nur ausnahmsweise noch Agnat seiner Ascendenten[23]), selbst für solche Ausnahmsfälle aber läßt sich materielle Notherbenberechtigung des Adoptirten gegenüber jenen Ascendenten nicht behaupten[24]).

Wie aber steht es mit dem Pflichttheilsanspruch des mit voller Wirkung in Adoption Gegebenen gegen den leiblichen Vater? Die Frage ist an erster Stelle vom Standpunkt der l. 10 C. de adopt. 8. 48 zu erörtern, demnächst ist zu sagen, ob die Nov. 118 neues Recht geschaffen hat.

Wie Justinian in l. 10 pr. C. cit. mittheilt, stritten die römischen Juristen darüber, ob ein in Adoption gegebenes Hauskind sich der Querel gegen das Testament des leiblichen Vaters bedienen könne. Das macht es begreiflich, daß nach Valer. Max. VII. 7 c. 2 ein schon an früherer Stelle erwähnter Fall vorkam, wo eine solche Querel durchdrang, während doch nach den sogleich zu besprechenden Angaben der l. 10 pr. C. cit. die classische Jurisprudenz sich im Ganzen einem derartigen Anspruche wenig geneigt zeigte. Angesichts der Streitfrage konnte leicht eine richterliche Entscheidung die später verworfene Ansicht vertreten: es erscheint daher nicht veranlaßt, wenn man in die Erzählung des Valerius Maximus die Thatsache der Emancipation des Kindes durch den Adoptivvater hat hineintragen wollen[25]).

Um der aufgeworfenen Frage näher zu treten, suche ich vor Allem den Thatbestand zu bestimmen, auf welchen sich die Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen bezog. Das in Adoption gegebene Kind hatte nach classischem Recht ohne Zweifel gesetzliche Erbberechtigung gegen den leiblichen Vater in der Classe Unde cognati[26]), — in den seltenen Fällen aber, wo der Emancipirte von seinem Vater sein in dessen Gewalt verbliebenes Kind in Adoption nahm, oder wo er umgekehrt seinem Vater das nach der Emancipation erzeugte Kind in Adoption gab, succedirte der Adoptirte dort dem Groß-

[23]) Vergl. wegen solcher Fälle das unten im § 34 bei Anm. 27 Bemerkte.

[24]) Mühlenbruch 35 S. 181—183. Mit Recht wird hier bemerkt, wenn der von der väterlichen Gewalt Befreite durch ein reines beneficium juris Familienrechte behalte, so dürfe er diese nicht auf Andere übertragen.

[25]) Vergl. hierüber Mühlenbruch a. a. O. S. 142.

[26]) Gaj. III. 31. § 13 J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 1 § 4 D. Un. cogn. 38. 8.

vater, hier dem leiblichen Vater in der Classe Unde liberi[27]). Eben das nun, daß das in Adoption gegebene Kind kraft gesetzlicher Erbberechtigung (also regelmäßig Unde cognati, ausnahmsweise Unde liberi) im einzelnen Fall zur Erbfolge berufen war, scheint man gewöhnlich als Voraussetzung des Streits der römischen Juristen über die Zulassung des in Adoption Gegebenen zur Querel zu betrachten. Denn eine Meinungsverschiedenheit jener Juristen darüber, ob das in der Adoptivfamilie stehende Kind die Querel erheben könne, wenngleich es im gegebenen Falle nicht gesetzlicher Erbe des leiblichen Vaters sei, hält man für unmöglich[28]).

Grade bei dieser Auffassung des in l. 10 C. cit. dargestellten Streits weichen wir von der soeben berührten Ansicht ab, und das führt zu wichtigen Consequenzen für die Auffassung sowohl der in l. 10 C. cit. vorliegenden Verordnung Justinian's wie des neuesten, an die Nov. 118 angelehnten Rechts. Wir behaupten: der in l. 10 pr. C. cit. berührte Streit der classischen Zeit ging dahin, ob nicht das in Adoption gegebene Kind lediglich vermöge seiner Eigenschaft als Descendent und ohne Rücksicht darauf, ob es im gegebenen Fall nach prätorischer Intestaterbfolge gerufen sein würde, das Testament des leiblichen Vaters mit der Querel anfechten konnte.

Betrachten wir vor Allem die in l. 10 C. cit. vorliegende Nachricht über den Streit; sie ist diese:

— antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio, si oportet talem filium, si praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra ejus testamentum de inofficioso actionem (quam Papinianus quidem negat, Paulus autem sine effectu derelinquit, Marcianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate ejus circumventus, adoptivi propter egestatem quam forte habebat).

Ohne Frage hat Papinian einem solchen Kinde die Querel versagt. Aber konnte wohl ein römischer Jurist auch bei den oben bezeichneten Ausnahmsfällen so entscheiden, wo jenes Kind in der Classe

[27]) l. 3 § 7. 8. l. 21 § 1 D. de B. P. co. tab. 37. 4. (— quia per adoptionem in aliena familia non fuerit —). Vergl. § 17 bei Anm. 24. S. 124.

[28]) Vergl. Vangerow II § 474 Anm. unter 1. (Aufl. VII S. 250 f.). Vergl. auch Bas. 39. 1 c. 1 schol. 2 (Stephanus).

Unde liberi zum Nachlaß des leiblichen Vaters gerufen wurde? Ohne Zweifel ging doch mit dieser gesetzlichen Erbberechtigung im Fall der Uebergehung durch das Testament die bon. poss. contra tabulas Hand in Hand[29]): das aber scheint undenkbar, daß der Jurist einem sogar mit formellem Notherbenrecht ausgestatteten Descendenten die Pflichttheilsklage versagt haben sollte[30]).

Allerdings wird bei der Frage nach der Berechtigung zur Querel der Gedanke betont, der von einem Dritten Adoptirte gewinne in diesem einen neuen Vater, damit auch eine neue Notherbenberechtigung[31]): aber derselbe Gedanke wird in der Lehre von der bonor. poss. contra tabulas angeschlagen[32]), und doch wird diese jenem in Adoption gegebenen Descendenten, der ausnahmsweise bei gesetzlicher Erbfolge die bon. poss. *Unde liberi* beanspruchen könnte, verliehen.

Wir dürfen hiernach mindestens Eins von vorn herein als ausgemacht ansehen: Papinian dachte nicht daran, dem Descendenten die Querel auch für die Fälle abzusprechen, wo er trotz der Hingabe in Adoption singulärer Weise die Berechtigung zur bon. poss. Unde liberi behielt. Dadurch wird nun freilich die entgegengesetzte Ansicht (Vangerow — s. Anm. 28) nur in Einem Punkte erschüttert: möglich bleibt danach immer, daß die römischen Juristen bei ihrem Streit den gewöhnlichen Fall im Auge hatten, wo das der fremden Familie angehörige Kind die bon. poss. *Unde cognati*, und nur diese, gegen den leiblichen Vater hatte. Allein von vorn herein muß man eine solche Ansicht wenig wahrscheinlich finden. In solchen Fällen gingen dem Kinde alle Descendenten, alle Agnaten, meist auch (nach dem SC. Tertullianum) die Mutter des Erblassers vor. Danach war seine Aussicht auf die Querel eine so geringe, der Streit über die Zulassung der Letzteren ein so unbedeutender, daß das schwerlich den Anlaß zu einem besonderen Gesetze Justinian's (l. 10 C. cit.) abgegeben haben würde.

---

[29]) Vergl. die Stellen in Anm. 27.

[30]) Es scheint mir danach ungerechtfertigt, wenn Schirmer I S. 202 in der Anmerkung die beiden Thatsachen der Verleihung der contra tabulas und der Ausschließung der Querel ohne Weiteres neben einander stellt.

[31]) Vergl. l. 10 pr. § 4 C. cit.

[32]) So nach Ulpian's Bericht Marcellus, l. 17 D. de bon. poss. co. tab. 37. 4: — ubi enim *filius* non datur in adoptionem, at *pater se dat, nullum patrem filio adsignat* —. Vergl. auch l. 14 § 1 D. eod.

Diese Erwägung wird verstärkt, wenn wir berücksichtigen, wie sich nach der l. 10 C. cit. Paulus zu der Streitfrage gestellt hatte. Von ihm heißt es: „quam — sine effectu derelinquit"; hat man bei dem „quam" an die im Voraufgehenden dargestellte „dubitatio" oder an die unmittelbar zuvor genannte „actio" zu denken? Gewöhnlich wird Ersteres angenommen; danach würde Justinian nur sagen, Paulus habe die Frage unerledigt gelassen[33]). Dem entgegen hat indessen Francke darauf aufmerksam gemacht[34]), daß sprachlich das „sine effectu derelinquere" unmöglich von einem Unentschiedenlassen der streitigen Frage verstanden werden kann. Francke bezieht deshalb das „quam" auf das unmittelbar davor stehende „actionem"; danach ist der Sinn von Justinian's Aeußerung der: Paulus ließ zwar die Querel zu, erklärte sie aber für unwirksam und nutzlos, weil der Descendent nur nach Maßgabe seiner gesetzlichen Erbberechtigung, also (regelmäßig) nur vermittelst der *bon. poss. Unde cognati* zur Anfechtung gelangen könne. Das dürfte in Wahrheit dem Wortsinn des „sine effectu derelinquere" allein entsprechen[35]).

So verstanden aber ist die Aeußerung Justinian's über die Meinung des Paulus von außerordentlicher Wichtigkeit. Denn nun erkennt man: die Entscheidung jenes Juristen, wonach die Querel anwendbar sein sollte, wenn der in Adoption Gegebene sich im einzelnen Fall auf die bon. poss. Unde cognati stützen konnte, hat vor dem vom Kaiser eingenommenen Standpunkte gleiche Bedeutung mit einer Verneinung der Frage nach der Berechtigung jenes Kindes zur Pflichttheilsklage. Das beweist, daß Justinian die Frage so faßte: ob nicht der in der Adoptivfamilie Befindliche ohne Rücksicht auf gesetzliche Erbberechtigung

---

33) So *Accurs.* glo. derelinquit ad h. l. *Baldus*, comment. in Cod. ad h. l. *Cujac.* ad Cod. rec. sol. in h. l. — IX. 1313.

34) Recht der Notherben S. 182 f. Uebereinstimmend Mühlenbruch S. 168. Vangerow II § 474 Anm. unter 1. Vergl. auch Schirmer I S. 207 in d. Anm.

35) So auch *Dirksen*, man. v. effectus § 3. Vergl. noch *Brissonius* de. V. S. ead. voce § 3. — In neuester Zeit hat Ad. Schmidt (Pflichtth.-R. S. 36 Anm.) die ältere Auslegung in Schutz genommen, er verweist auf die Wendung in der mit l. 10 C. cit. fast gleichzeitigen l. 34 C. de inoff. test. 3. 28: — „Et hoc nonnulli jurisconsulti in medium proponentes inhumane *reliquerunt*". Allein was bei l. 10 C. cit. die sprachlichen Bedenken anregt, ist das *„sine effectu* derelinquere": davon findet sich in l. 34 C. cit. nichts.

in concreto und lediglich kraft seiner Eigenschaft als Descendent des Erblassers querelberechtigt sei. Und verstand Justinian den Streit der classischen Juristen in diesem Sinne, so müssen wir nach seinem Referat auch Papinian's Verneinung der streitigen Frage sowie die von Marcian bezüglich derselben aufgestellte Unterscheidung in der gleichen Weise deuten. Demnach standen diese Juristen überall nicht zu Paulus im Gegensatz, ihre Aeußerungen bezogen sich nicht auf den seltenen Fall, wo das Kind in fremder Familie in Folge des Fehlens besser berechtigter Intestaterben den leiblichen Vater auf Grund der bon. poss. Unde cognati beerben konnte. Sollte es denn auch so auffallend sein, daß eine solche Frage noch die classische Jurisprudenz bewegte, — eine Frage, die dann doch abgesehen von der abweichenden Ansicht Marcian's der Antwort begegnete: ohne gesetzliche Erbberechtigung kein Notherbenrecht? Wem die Annahme eines solchen Streits Bedenken erregt, dem möchte ich den in neuester Zeit von Fitting[36]) geführten Beweis entgegenhalten, daß trotz jenes regelmäßigen Erfordernisses gesetzlicher Erbberechtigung der Vater eines Veteranen, der in väterlicher Gewalt geblieben war, aber über das castrensische Peculium testirt hatte, zur Querel berechtigt war, obgleich ihm das Peculium nicht nach gesetzlicher Erbfolge, sondern nach Peculienrecht zuzufallen hatte.

Nachdem jetzt die Bedeutung der erwähnten Controverse festgestellt ist, kann erörtert werden, wie weit das der Adoptivfamilie angehörige Kind theils nach l. 10 C. cit., theils nach Nov. 118 dem Testament des leiblichen Vaters gegenüber materielles Notherbenrecht hat.

1. Im Fortgang der l. 10 C. cit. ändert Justinian das seitherige Recht der Adoption durch Aufstellung der bekannten Unterscheidung einer adoptio plena und minus plena. Die Letztere soll das Rechtsverhältniß zum leiblichen Vater unangetastet lassen, sive ad de inofficioso querellam, *sive ad alias omnes successiones sive ab intestato sive ex testamento, quae liberis deferuntur.* — Der mit voller Wirkung Adoptirte dagegen wird unter Bestätigung der Ansicht Papinian's mit allen seinen Hoffnungen auf den Adoptivvater angewiesen,

---

[36]) Das castrense peculium S. 232 ff.

et non patris naturalis successionem molestare concedatur, sed avita et proavita tantummodo reverentia protegetur, eique adquirat quae possunt adquiri et prodesse, et is ei solus pater intellegatur, quem lex fecit et natura non dereliquit.

Aus dieser Gegenüberstellung und daraus, daß bei der adoptio minus plena (§ 1) die im Pandektenrecht vorliegende beschränkte Erbberechtigung des in Adoption Gegebenen gegen den leiblichen Vater in der Classe Unde cognati im Präteritum erwähnt wird, folgert Mühlenbruch[37]), die l. 10 C. cit. versage dem mit voller Wirkung Adoptirten alle Erbberechtigung gegen den leiblichen Vater. Das ist verwerflich theils wegen des Vorkommens der beschränkten Erbberechtigung eines solchen Kindes in der Compilation (Stellen in Anm. 26. 27), theils wegen der Fassung von § 2 J. de adopt. 1. 11. § 14 J. de hered. quae ab int. 3. 1[38]). Daraus folgt dann aber mit Sicherheit: die Aeußerungen der l. 10 pr. C. cit. über die gesetzliche Erbberechtigung wollen nur besagen, dem Kinde soll die volle und regelmäßige descendentische Erbberechtigung bei der adoptio minus plena vorbehalten, bei der adoptio plena versagt bleiben[39]). Und muß hiernach anerkannt werden, daß bei dieser letzten Art der Adoption trotz der starken Ausdrücke in l. 10 pr. C. cit. dem Kinde die bisherige bon. poss. Unde cognati (ausnahmsweise auch die Unde liberi) gegenüber dem leiblichen Vater gewahrt blieb, so werden wir grade so über die von der querella inofficiosi testamenti handelnde Vorschrift des Gesetzes zu denken haben. Der Kaiser spricht diese dem mit voller Wirkung in Adoption gegebenen Kinde

---

37) A. a. O. S. 166—173.

38) Vergl. die Ausführungen bei Vangerow II § 412 S. 40 ff. Arndts II S. 51—53. Sintenis Civ.-R. III § 139 Anm. 55. Schirmer I S. 201 f. Anm. 17.

39) Darauf deuten auch in dem oben mitgetheilten ersten Stück aus l. 10 pr. C. cit. die Worte hin: (successiones) — quae *liberis* deferuntur. — Bei unsrer Auslegung verträgt sich der Inhalt von l. 10 pr. C. cit. auf's Beste mit der im Text erwähnten Aeußerung des § 1 ibid. über die dem Pandektenrecht angehörige beschränkte Erbberechtigung des in fremder Familie stehenden Kindes gegen den leiblichen Vater. Sie lautet: — Neque enim ex vetere jure *cognationis* nexus naturalis patris per adoptionem filio dissolvebatur, sed accedebant jura adoptiva *certis reliquiis ex jure naturali remanentibus,* et qui legitimus erat familiae adoptivae, is naturali fuerat cognatus —. Es ist kein Zweifel, daß der Gesetzgeber bei der Verfügung rücksichtlich der Erbberechtigung im Principium der Stelle an diese reliquiae (die bon. poss. Unde cognati) nicht gedacht hat.

insoweit gegenüber dem leiblichen Vater ab, als sie sich auf jene regelmäßige gesetzliche Erbberechtigung der Descendenten zu stützen hatte: soweit aber im einzelnen Fall eine Querel auf die bon. poss. Unde cognati (in Ausnahmsfällen auf die bon. poss. Unde liberi) gegründet werden konnte, bleibt sie dem Kinde vorbehalten[40]).

2. Sehen wir zurück auf die vorgeführte geschichtliche Entwicklung der Frage nach der Pflichttheilsberechtigung des in Adoption gegebenen Kindes. Wie wir den in l. 10 pr. C. de adopt. 8. 48 berührten Streit der römischen Juristen auffassen, müssen wir behaupten, daß Paulus wie Papinian bei jener Frage an dem Grundsatz festhielten: ohne gesetzliche Erbberechtigung besteht kein Pflichttheilsanspruch. In diesem Sinne gestand äußerlich Paulus die Querel zu, — eine Auffassung, in der Justinian ein „sine effectu derelinquere" des Anspruchs erblickt. Gleichfalls in eben jenem Sinne sprach Papinian die Querel ab, ohne indessen seinen Ausspruch auf die seltenen Fälle auszudehnen, wo ein solches Kind trotz seines Uebergangs in die fremde Familie der nächste gesetzliche Erbe des leiblichen Vaters war. Nur Marcian wich von dem durch die beiden andern Juristen zur Geltung gebrachten Princip ab: er wollte mit Betonung einer unzulänglichen Rücksicht der Billigkeit darauf gesehen wissen, ob das Kind im einzelnen Fall in der gewonnenen Erbberechtigung gegen den Adoptivvater Entschädigung finde. — Justinian kehrt zu der das Pflichttheilsrecht beherrschenden Regel zurück: wie er dem plene Adoptirten die ordentliche gesetzliche Erbberechtigung gegenüber dem leiblichen Vater versagt, so schneidet er ihm die (hierauf zu gründende) Querel ab. Auch er ist jedoch nicht gewillt, der Querel selbst für den wiederholt erwähnten Fall einer nach Pandektenrecht begründeten bon. poss. Unde liberi oder Unde cognati entgegenzutreten.

Alles dies gewährt einen festen Anhalt für die jetzt zu unter-

[40]) Eine solche Berücksichtigung des in Adoption gegebenen Kindes hat nichts Auffälliges. Es ist daran zu erinnern, a. daß ein solches Kind, wenn es im Testament des leiblichen Vaters zum Erben eingesetzt ist, zur bon. poss. contra tab. (commisso per alium edicto) zugelassen wird, b. daß am patronatischen Pflichttheilsrecht die Kinder des Patrons auch dann Theil haben, wenn sie in Adoption gegeben sind, sowie daß umgekehrt derartige Kinder des Freigelassenen der patronatischen Pflichttheilsberechtigung im Wege stehen. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 35 f. Anm. 9. S. 66 Anm. 98.

nehmende Beantwortung unsrer Frage vom Standpunkt der Novelle 118. Nach Letzterer ist bestimmt in Ansehung der gesetzlichen Erbberechtigung des mit voller Wirkung in Adoption gegebenen Kindes eine durchgreifende Aenderung anzunehmen. Das Gesetz ruft (Kap. I verb. mit Kap. IV) mit Beseitigung aller früheren Unterscheidungen nach väterlicher Gewalt, Agnation und sonst in der ersten Classe die Gesammtheit der cognatischen Descendenten, damit auch die in der Adoptivfamilie stehenden Kinder. Wenn einzelne Gelehrte diese Kinder in die vierte Erbclasse der Novelle verweisen (Löhr), oder gar ganz vom Nachlaß des leiblichen Vaters ausschließen (Mühlenbruch), so steht der ersteren Ansicht neben Anderm entgegen, daß Justinian's vierte Classe nur Seitenverwandte umfaßt, — die zweite Meinung überträgt mit Unrecht die Schranken der prätorischen Classe Unde liberi auf die Descendenten der Novelle, sie stützt sich ferner auf die oben widerlegte Unterstellung, daß schon durch die l. 10 C. de adopt. 8. 48 den in der Adoptivfamilie stehenden Kindern alle gesetzliche Erbberechtigung, auch die in der Classe Unde cognati, entzogen worden sei. Mit Recht hat sich demnach die herrschende Meinung für die volle Intestaterbberechtigung der in Adoption gegebenen Kinder entschieden[41]).

Mit gleicher Bestimmtheit aber bestreitet die bei weitem größere Zahl der heutigen Rechtslehrer das Dasein einer Pflichttheilsberechtigung solcher Kinder gegenüber dem leiblichen Vater[42]). Nach unsrer Ueberzeugung mit Unrecht. Wenn Mühlenbruch[43]) diese Ansicht auf den Mangel einer gesetzlichen Erbberechtigung jener Descendenten gründet, so ist dieser Annahme soeben schon begegnet. Von andrer Seite beruft man sich darauf, daß schon die l. 10 C. de adopt. 8. 48 die Querel abgeschnitten habe, wenngleich der Adoptirte in der gesetzlichen Erbfolge zur bon. poss. Unde cognati zu gelangen hatte[44]). Auch diese Begründung erscheint hinfällig, wenn

[41]) Nähere Ausführung der im Text vertretenen Meinung bei Vangerow II § 412 unter III. Arndts a. a. O. S. 50—53. Sintenis a. a. O. Schirmer I S. 206 f. Anm. 25.

[42]) Die Frage einer Fortdauer der Querel für Descendenten und Ascendenten, nach dem Recht der Nov. 115, bleibt hier unerörtert.

[43]) Band 35 S. 173 ff.

[44]) Francke S. 184 ff. Vangerow II § 474 Anm. unter 1. Sintenis a. a. O.

anders uns der unter 1. unternommene Beweis gelungen ist, daß die l. 10 C. cit. bei in concreto vorhandener gesetzlicher Erbberechtigung den Pflichttheilsanspruch nicht verneinen, daß sie wesentlich die Frage entscheiden wollte, ob das in der Adoptivfamilie stehende Kind beim Mangel der (regelmäßigen) descendentischen Erbberechtigung, lediglich kraft seiner Eigenschaft als Descendent, das Testament des leiblichen Vaters als lieblos anfechten könne. — Von unserm Standpunkt aus müssen wir für das Novellenrecht dem in Adoption gegebenen Kinde die in Frage stehende Pflichttheilsberechtigung unbedingt zusprechen. Denn ist es wahr, was wir soeben im Eingang von 2. hervorhoben, daß sowohl die Mehrzahl der classischen Juristen (unter ihnen Papinian und Paulus) wie Justinian in l. 10 C. cit. die Zuständigkeit jenes Anspruchs vom Dasein der gesetzlichen Erbberechtigung abhängen ließen, so muß auch der Satz, daß die in fremder Familie stehenden Kinder bei der Beerbung des leiblichen Vaters in die erste, descendentische Erbclasse der Nov. 118 aufgerückt sind, zur Anerkennung der vollen Pflichttheilsberechtigung führen[45]).

Die Grundsätze, welche bisher für die adoptio plena vertheidigt wurden, sind auch festzuhalten für das aus der Gewalt des leiblichen Vaters ausgeschiedene Kind, welches sich bei dessen Lebzeiten von einem Dritten hat arrogiren lassen. Bei ihm hat Justinian nach l. 10 § 5 C. de adopt. 8. 48 am Rechtsverhältniß zum Adoptivvater nichts geändert; der Arrogirte steht jetzt einem mit voller Wirkung in Adoption gegebenen Hauskinde gleich. Nicht minder gilt Letzteres von der gesetzlichen Erbberechtigung wie von der Pflichttheilsberechtigung gegenüber dem leiblichen Vater. Endlich ist auch rücksichtlich des Einflusses der Nov. 118 lediglich das über die adoptio plena Bemerkte zu wiederholen[46]).

Noch hat man darüber gestritten, ob dem von einer Frau mit landesherrlichem Rescript adoptirten Kinde gegenüber dem mütterlichen Nachlaß Notherbenberechtigung zusteht. Nach l. 5 in f. C. de adopt. 8. 48 sowie nach der zu einem sicheren Schluß vom Gegentheil be-

---

[45]) Wir erfreuen uns bei diesem Ergebniß der Uebereinstimmung mit Windscheid III § 579 Anm. 7.

[46]) Von den Grundsätzen, die bei dem arrogirten Unmündigen Platz greifen, sehen wir hier ab. Vergl. darüber § 67.

rechtigenden l. 29 § 3 D. de inoff. test. 5. 2 ist die bejahende Ansicht nicht abzulehnen[47]).

§ 34.

B. **Ascendenten** *).

Hinter den Descendenten werden als zur Querel berechtigt die Ascendenten genannt[1]). Auch bei ihnen ist Voraussetzung für die Pflichttheilsberechtigung gesetzliche Erbberechtigung, — für die Wirksamkeit im einzelnen Fall nächste gesetzliche Erbberechtigung.

Um die Gestaltung des in Ansehung der Eltern geltenden Pflichttheilsrechts im Einzelnen zu übersehen, hat man an die Person des Erblassers anzuknüpfen. Dieser kann Hauskind, ein gewaltfreies oder ein in Adoption gegebenes Kind sein.

A. Nachlaß eines Hauskindes. Wenn in dieser Anwendung von einem materiellen Notherbenrecht geredet wird, so wird davon ausgegangen, daß nicht ein an sich nichtiges Testament vorliegt. Nun kommt einem Hauskinde Testirbefugniß nur zu in Anwendung auf das peculium castrense und — seit der christlichen Kaiserzeit — auf das peculium quasi-castrense; demnach bezieht sich auch unsre Frage nach der Pflichttheilsberechtigung nur auf diese Peculien. Es ist zunächst vom castrensischen Peculium zu reden.

Die Frage nach der Entstehung und weiteren Ausbildung des castrense peculium lassen wir unberührt[2]): unsre Erörterung geht von dem vielfach durch die Quellen bezeugten Satze aus, daß in Ermangelung eines Testaments, oder falls der eingesetzte Erbe nicht erwirbt, das Vermögen jure peculii dem Gewalthaber verbleibt[3]). Daraus ergibt sich, daß eine gesetzliche Erbfolge überall nicht eröffnet wird, und daß abgesehen vom Gewalthaber beim Nichteintreten testamentarischer Erbfolge Niemand Ansprüche auf das Vermögen zu er-

---

[47]) Francke S. 185—187. Vergl. auch Mühlenbruch 35 S. 183—188. Glück VII S. 373—376. (Anders noch das. S. 11.)

*) Francke S. 187—190. Mühlenbruch 35 S. 150—152. S. 189—229.

[1]) l. 15 pr. verb. mit l. 14 D. de inoff. 5. 2. (Zu der Fassung von l. 15 cit. ist l. 7 § 1 D. si tabulae 38. 6 zu vergleichen).

[2]) Darüber Fitting, das castrense peculium S. 11—23. S. 24—48. S. 68—73. S. 92—116. S. 124—133.

[3]) Vergl. namentlich l. 1. 2. 9. 14. 17 pr. l. 19 § 3 D. de castr. pec. 49. 17. l. 5 C. eod. 12. 37. l. 44 pr. D. de legat. I° (30). l. 18 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. l. 1 § 22 D. de collat. 37. 6. Fitting S. 120—122. S. 134 f. S. 249—260.

heben vermag[4]). Es kann sich daher nur fragen, ob der Gewalthaber gegenüber dem Testament des Haussohns Pflichttheilsberechtigung in Anspruch zu nehmen hat. Dies ist in der That für das Recht der classischen Zeit zu behaupten; jenes Heimfallsrecht jure peculii bildet für die Querel eine genügende Grundlage[5]). Für das von Justinian im Codex geschaffene neue Recht — l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 — muß die Frage verneint werden. Die Ausführung dieser Sätze kann erst im § 70 in Verbindung mit der Erörterung des Notherbenrechts bei Soldatentestamenten erfolgen.

An gegenwärtiger Stelle sind nur noch einige wenige Bemerkungen über die geschichtliche Entwicklung der gesetzlichen Erbberechtigung wie der Pflichttheilsberechtigung bei den genannten Peculien anzuhängen. Der bezeichnete Heimfall an den Gewalthaber, jure peculii, hat sich bis in die späte Kaiserzeit erhalten. Erst in Justinian's Institutionen — pr. J. quib. non est perm. 2. 12 — wird von einem ersten Anfange gesetzlicher Erbberechtigung berichtet. Eine solche wird zunächst den liberi, dann den Geschwistern des Inhabers angetragen[6]); wird aber in beiden Classen nicht erworben, so fällt das Vermögen noch immer nach Peculienrecht[7]) an den seitherigen Gewalthaber. Streitig ist, ob diese Intestaterbberechtigung der Kinder und Geschwister erst von Justinian begründet ist — durch Aufnahme der wenigen Worte „nullis liberis vel fratribus superstitibus" in das princ. J. cit. —, oder ob sie schon vor Justinian in der christlichen Kaiserzeit entstanden ist. Erstere Ansicht ist, soviel ich sehe, im Recht[8]). Der angegebene erste Schritt zu einer gesetzlichen Erbfolge

---

[4]) l. 10 D. ad SC. Tertull. 38. 17.

[5]) Vergl. einstweilen Fitting S. 232—238.

[6]) pr. J. cit.: — si vero intestati decesserint *nullis liberis vel fratribus superstitibus,* ad parentes eorum jure communi pertinebit (sc. castrense peculium). Vergl. dazu Theophil. ibid.

[7]) Ueber das Letztere ist man zwar nicht einig, aber mit Recht wird das „jure communi" des pr. J. cit. (Anm. 6) in dem hier angenommenen Sinne gedeutet. Vergl. Schirmer I S. 183 f. Fitting S. 342 f.

[8]) Für dieselbe u. A. Schirmer I S. 183 Anm. 146. Die entgegengesetzte Auffassung sucht Fitting (S. 344—348) auszuführen; seine Gründe sind nicht überzeugend. Wenn a. geltend gemacht wird, daß Justinian nicht nach seiner Gewohnheit seine Neuerung als solche ankündige, so ist entgegenzuhalten, daß nur eine nebensächliche Aenderung des Rechts vorliegt, da der Grundsatz des Heimfalls jure peculii stehen geblieben ist. b. Aus l. 6 pr. § 1 C. de bon. quae lib. 6. 61 ist nichts für

hat indessen längere Zeit hindurch auf dem Gebiet des uns interessirenden Pflichttheilsrechts des Gewalthabers ohne Einfluß bleiben müssen. Denn noch vor der mit dem 21. November 533 erfolgten Publication der Institutionen hatte Justinian in der schon erwähnten

---

unsre Frage zu entnehmen. Das Principium redet nur vom Nießbrauch des Vaters an den Adventicien, und nur hierauf bezieht sich die Schlußbemerkung, welche das bisher beim peculium castrense wie beim quasi-castrense in Geltung gewesene Recht unverändert bestehen lassen will. Erst der § 1 kommt auf die Erbfolge bei den Adventicien: hier aber werden die uns interessirenden Peculien nicht erwähnt. Der § 3 des Gesetzes, auf den sich Fitting gleichfalls beruft, ist für unsre Frage bedeutungslos, er handelt lediglich vom praemium emancipationis. c. Fitting findet es unglaublich — vergl. noch dens. S. 351 f. —, daß bei den Adventicien, in Ansehung deren doch der Vater dem lebenden Kinde gegenüber günstiger gestellt ist als in Ansehung des peculium castrense, lange Zeit ein den Vater beschränkendes gesetzliches Erbrecht bestanden haben sollte, ohne daß man Letzteres auf das castrense peculium übertragen hätte (l. 3. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61. l. 11 C. comm. de success. 6. 59). Allein die Erscheinung wird begreiflich, wenn man erwägt, daß beim peculium castrense der Inhaber seine Descendenten oder andere Blutsverwandte dem Gewalthaber durch Testament vorziehen konnte: bei den Adventicien fehlte die Testirfähigkeit, daher wurde hier das Bedürfniß einer gesetzlichen Erbfolge eher fühlbar. d. Endlich sieht Fitting einen Beweis für eine vor Justinian aufgekommene gesetzliche Erbfolge an den bona castrensia in l. 34 C. de episc. 1. 3. Ohne Zweifel gewähren hier Leo und Anthemius dem Erwerb der Geistlichen die Eigenschaft eines peculium quasi-castrense; gewöhnlich aber wird auch angenommen (so nicht allein Fitting, sondern auch Schirmer S. 180 Anm. 34. Vangerow II § 409 Anm. unter IV. 2 a. E.), die Kaiser sprächen hier, abgesehen vom Testirprivileg, von einer den Kindern der Geistlichen zustehenden gesetzlichen Erbberechtigung. Wäre das nun auch zuzugeben, so müßte doch der l. 34 C. cit. bei unsrer Frage die Beweiskraft abgesprochen werden: denn während die Codexstelle nur von den Kindern des Peculieninhabers handelt, spricht das obige, auf das peculium castrense bezügliche princ. J. quib. non est perm. 2. 12 von einer gesetzlichen Erbberechtigung der Kinder und Geschwister; diese Verschiedenheit in Ansehung der erbberechtigten Personen müßte auf alle Fälle der Verknüpfung der beiden Zeugnisse hinderlich sein. Zudem ist aber auch bestimmt zu bestreiten, daß in l. 34 C. cit. eine gesetzliche Erbberechtigung berührt würde, es ist in der Stelle durchweg von der Testirbefugniß die Rede. Zur Begründung dieser Auslegung nur ein paar Worte. Die eigentliche Disposition der l. 34 C. cit. besteht in der Erhebung des Erwerbs der Geistlichen zu einem peculium quasi-castrense, sodann in der Ertheilung der Veräußerungs- und Testirbefugniß. An diese letzte Verleihung wird das Folgende lediglich in der Bedeutung von Folgerungen angeknüpft; daher die Verbindung mit „*ut* ea bona" cet. Die Folgerungen sind: α. Das Peculium ist niemals gegenüber den Geschwistern des Geistlichen, bei der Beerbung von dessen Gewalthaber, einzuwerfen, sondern es kommt den durch letzten Willen gerufenen Kindern, sonstigen Nachkommen oder extranei heredes des Geistlichen zu; β. Das peculium ist auch nicht von den Gewalthabern einzuziehen, bleibt

l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 — vom 1. September 531 — das über das castrensische Vermögen verfügende Testament eines Haussohns, auch wo dasselbe nicht am Privileg des Soldatentestaments Theil hatte, der querella inofficiosi testamenti entzogen. Damit war die Pflichttheilsberechtigung des Gewalthabers des Testators weggefallen. Auch für diesen Satz kann die Begründung erst im § 70 unter III beigebracht werden. Eben dort ist dann zu zeigen, daß Nov. 115 Kap. 1 und 4 (vom 1. Februar 542) das castrensische Peculium dem regelmäßigen neuen Pflichttheilsrecht unterworfen hat: auf dieses konnte sich also der Gewalthaber berufen, doch gingen ihm nun zufolge des pr. J. cit. die Kinder und Geschwister des Erblassers vor.

Völlig anders endlich liegt die Frage nach der Nov. 118, vom 26. Juli 543. Das Gesetz hat auch die Hinterlassenschaften der Hauskinder unter die neue Erbfolgeordnung gezogen, ohne für dieselben eine Abweichung bestehen zu lassen. Danach ist von einem Heimfall der bona castrensia an den Gewalthaber, der sich nach Peculienrecht vollzöge, nicht mehr zu reden. Dem Gewalthaber kann das Vermögen nur noch nach den Grundsätzen des gewöhnlichen gesetzlichen Erbrechts zufallen, er erbt dann lediglich in seiner Eigenschaft als Ascendent, in der zweiten Classe der Novelle[9]). Hieraus folgt, daß es auch eine eigenthümliche Pflichttheilsberechtigung des Gewalthabers beim castrensischen Vermögen nicht mehr geben kann: dieselbe ist in die gemeine Pflichttheilsberechtigung der Ascendenten aufgegangen.

Rücksichtlich des quasi-castrense peculium genügen wenige Worte. Die Frage, in welchem Sinne es zu nehmen ist, wenn schon in einigen Digestenstellen von einem solchen Peculium

vielmehr bei deren Beerbung den Kindern des Geistlichen (wenn diese dessen Testamentserben sind) als ein Voraus. — Die Beschränkung der Verordnung auf die Veräußerungs- und Testirbefugniß wird dann in den zusammenfassenden Schlußworten „(Et) certe his" cet. wiederholt dargelegt; sie tritt eben so deutlich in der auf das Gesetz zurückverweisenden l. 50 C. eod. zu Tage. Vergl. auch Nov. 123 Kap. 19. — Da der dargestellte Zusammenhang der l. 34 C. cit. einleuchtend ist, so darf auf die eine gesetzliche Erbberechtigung einmischenden Bas. III. 3. 8 kein Gewicht gelegt werden. — Schirmer S. 180 Anm. 143 verweist auf die Ausschließung der Collationsverbindlichkeit, die doch bei Erlaß des Gesetzes für testamentarische Erbfolge noch nicht bestanden habe: aber die Erwähnung der Collation geht ja nicht auf die Beerbung des Geistlichen, sondern auf die seines Gewalthabers.

[9]) Vergl. Fitting S. 366—368.

geredet wird, hat für unsre Untersuchung kein Interesse[10]). Von dem peculium quasi-castrense des neueren Rechts ist nur zu sagen, daß es mit dem castrense unter gleichen Rechtsgrundsätzen steht, daß insbesondere das bei ihm geltende gesetzliche Erbrecht wie Pflichttheilsrecht durch die vorhin bei der Besprechung des castrensischen Vermögens erörterten Vorschriften Justinian's geregelt ist (pr. J. quib. non est perm. 2. 12. l. 37 C. de inoff. test. 3. 28. Nov. 115 und 118).

B. Nachlaß gewaltfreier, nicht in fremder Familie stehender Kinder. Das in Adoption gegebene Kind ist von dieser zweiten Abtheilung der Erörterung selbst für den Fall auszuschließen, daß es bei seinem Tode — etwa zufolge früheren Ablebens des Adoptivvaters — gewaltfrei ist, vorausgesetzt nur, daß es noch immer der fremden Familie angehört. Die Gestaltung der ascendentischen Pflichttheilsberechtigung gegenüber einem solchen Kinde wird unter C. mit zur Sprache gebracht werden. Uebrigens ist hier der im Eingang des § 33 ausgeführte Satz zu wiederholen, daß agnatische Verwandtschaft mit dem Erblasser nicht erforderlich ist. Die einzelnen berechtigten Ascendenten sind nach einander in's Auge zu fassen.

Besondere Bedeutung hat nach classischem Recht die Pflichttheilsberechtigung des früheren Gewalthabers gegenüber einem Kinde, welches im Wege der Emancipation aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden ist. Da jedoch die bon. poss. contra tabulas des parens manumissor schon im § 32 unter III. B. zu behandeln gewesen ist, so bleibt an jetziger Stelle nur das Verhältniß dieses prätorischen Instituts zum gemeinen Pflichttheilsrecht der Verwandten zu besprechen. Das classische Recht erkennt dem emancipirenden Vater neben der bon. poss. contra tabulas die querella inofficiosi testamenti zu. Ausdrücklich anerkannt wird dies in l. 1 § 6 D. si a parente 37. 12 (von Ulpian)[11]):

---

[10]) Darüber ausführlich Fitting S. 392—416. (Die das. S. 393 Anm. 3 angegebenen Stellen sind: l. 32 § 17 D. de don. int. V. et U. 24. 1. l. 1 § 6 D. ad SC. Trebell. 36. 1. l. 3 § 5 D. de bon. poss. 37. 1. l. 1 § 15 D. de collat. 37. 6. l. 7 § 6 D. de donat. 39. 5.)

[11]) Die im Text angenommene Auslegung des „jus antiquum" in l. 1 § 6 cit. wird schon angedeutet in Bas. 40. 6. 1 schol. 6; sie findet sich dann bei *Cujac.*, observ. VIII. 23 und in lib. 5 quaest. Papin. ad l. 14 D. 5. 2 — III. 207 f. IV. 108 f. —, ferner bei *Pothier*, pand. Justin. **38**. 12 n. 7 in not., *Schulting*, not. ad h. l. Mühlenbruch **37** S. 357. Schmidt, Pflichtth.-

Patrem autem accepta contra tabulas bonorum possessione et jus antiquum, quod et sine manumissione habebat, posse sibi defendere Julianus scripsit; nec enim ei nocere debet, quod jura patronatus habebat (habeat? *Ad. Schmidt* et edit. *Momms.*), cum sit et pater.

Ein Beispiel einer Querel des Vaters gegen das Testament des emancipirten Sohnes bietet sich in l. 14 D. de inoff. 5. 2. Als Vorzüge der Querel vor der erwähnten bonor. possessio werden von Schmidt (S. 140 Anm. 37) hervorgehoben: die Querel ist nicht an die einjährige Agnitionsfrist der bonor. possessio gebunden, für sie besteht auch nicht rücksichtlich des Gegenstandes die feste Schranke der Letzteren, die dem Manumissor immer nur die Hälfte, nach Justinianischem Recht sogar nur ein Drittel des Vermögens gewährte. Indessen ist auch die Frage zu beantworten, ob der parens manumissor die Querel kraft der ihm als solchem zukommenden gesetzlichen Erbberechtigung, also unmittelbar hinter den liberi[12]), oder etwa nur vermöge seiner Stellung in der prätorischen Erbclasse Unde cognati in Anspruch zu nehmen hatte. Hätte man sich für die zweite Alternative zu entscheiden, so ergäbe sich ein außerordentlicher Vorzug der contra tabulas bon. possessio. Und für eine solche Entscheidung[13]) ließe sich geltend machen, daß dem Ascendenten jene civile Erbberechtigung kraft seiner Eigenschaft als Quasipatron zukommt, der Patron selbst aber kein Querelrecht hat; auch wird ja in l. 1 § 6 cit. mit Bezug auf die Querel des Vaters von einem jus antiquum, quod et *sine manumissione* habebat, gesprochen: darf hiernach auf die erst durch die Emancipation erzeugte gesetzliche Erbberechtigung Rücksicht genommen werden?

Bei allem dem bin ich der Ansicht, daß die Querel auf diese civile Erbberechtigung gestützt werden konnte. Das Civilrecht fordert allerdings von den bei der Querel in Betracht kommenden Personen

R. S. 136—140. Fitting a. a. O. S. 230 Anm. 1. S. 236. (Von Schmidt a. a. O. ist diese Auffassung erfolgreich vertheidigt gegen den Versuch von Francke, den Ausspruch Ulpian's aus dem den Eltern und Kindern von der lex Papia ertheilten Anwachsungsrecht zu erklären).

[12]) Vergl. die Stellen im § 32 Anm. 24 (S. 222); weitere Belege bei *Schrader* ad § 8 J. de legit. agnat. success. 3. 2.

[13]) So scheint die Frage in der That (nach der Art, wie l. 1 § 6 cit. angerufen wird) von Mühlenbruch 35 S. 152—154 bei Anm. 34 beantwortet zu werden.

aus den Classen der Descendenten, Ascendenten und Geschwister nächste gesetzliche Erbberechtigung in dem concreten Falle, welcher die Klage veranlassen soll. Aber nirgends wird verlangt, daß das Recht als Grund der gesetzlichen Erbberechtigung die Blutsverwandtschaft betonen müsse. Demnach wird man die civile Erbberechtigung des parens manumissor als ausreichende Unterlage für die Querel behandelt haben in der Erwägung, daß es doch immer ein leiblicher Verwandter des Emancipirten war, dem dieselbe zustand. In eben dieser Weise verfahren die Römer mit dem Satze, daß den Eltern und Kindern zum Erwerb der bon. possessio eine Frist von einem Jahr zukommt; auch hier heißt es (Julian. l. 4 § 1 D. quis ordo 38. 15):

—pater, qui filium manumisisset, *quamvis ut manumissor bonorum possessionem accipiat*, tamen ad bonorum possessionem accipiendam annuum spatium habet [14]).

Was aber insbesondere das in l. 1 § 6 cit. vorkommende „jus antiquum *quod et sine manumissione habebat*" betrifft, so ist dabei zunächst eben an das Querelrecht zu denken. Daß dieses schon vor der Emancipation bestand, ergibt sich aus den Ausführungen unter A und wird im § 70 Num. III näher dargelegt werden.

Es kann übrigens auf vielfache Weise geschehen, daß einem gewaltfreien Kinde ein männlicher Ascendent als nächster gesetzlicher Erbe und darum als pflichttheilsberechtigt gegenübersteht, ohne daß derselbe das Kind emancipirt hätte; ich verweise wegen der dahin gehörigen Fälle auf die im § 17 gegebene Aufzählung der gewaltfreien Descendenten, welche an der bon. poss. contra tabulas Theil haben. Als Beispiele mögen hier genannt werden: der in Adoption gegebene, dann vom Adoptivvater emancipirte Sohn im Verhältniß zum leiblichen Vater, — das vom (nunmehr verstorbenen) Emancipirten nach seinem Ausscheiden aus der väterlichen Gewalt erzeugte Kind im Verhältniß zum Großvater [15]). In solchen Fällen bildet die dem Ascendenten zukommende bon. poss. Unde cognati die Grundlage der Pflichttheilsberechtigung [16]).

Alle bisher erwähnten Unterschiede in der Begründung einer

---

[14]) Vergl. l. 1 § 15. 16 D. de success. edict. 38. 9.

[15]) Die Aussprüche der Quellen sind angegeben im § 17 Anm. 9 und 10.

[16]) Vergl. l. 1 § 4 D. Unde cognati 38. 8. l. 2 § 18 D. ad SC. Tertull. 38. 17.

Pflichttheilsberechtigung des Vaters und gewisser neben diesem besprochener Ascendenten haben im neuesten Recht ihre Bedeutung verloren, die Ascendenten haben jetzt jedenfalls die aus der Nov. 115 Kap. 4 abzuleitende Pflichttheilsberechtigung nur kraft der ihnen nach Nov. 118 gebührenden gesetzlichen Erbberechtigung in der zweiten Classe der Blutsverwandten.

Die Mutter konnte, wenn sie in der Manus des Ehemanns stand, damit ihrem Kinde gegenüber die Stellung einer agnatischen Schwester einnahm[17]), ein liebloses Testament des Kindes kraft ihrer civilen Erbberechtigung in derselben Weise anfechten, wie es die Schwester konnte; abgesehen davon ließ sich eine Querel der Mutter bis zum SC. Tertullianum nur auf die bon. poss. Unde cognati gründen[18]). Jener Senatsschluß dagegen rief die Mutter zur Erbfolge ihres Kindes, unter der Voraussetzung des jus liberorum, zwar hinter den Kindern, dem Vater (der parens manumissor war oder eine bon. poss. cum re hatte) und hinter dem agnatischen Bruder, aber neben der soror consanguinea und vor den Agnaten[19]). Damit besserte sich in entsprechender Weise die Pflichttheilsberechtigung[20]). Ueber die Veränderungen, welche die gesetzliche Erbberechtigung der Mutter durch kaiserliche Constitutionen vor der Nov. 118 erfahren hat, kann hier nicht berichtet werden[21]): nach neuestem Recht steht dieselbe in der zweiten Classe der gesetzlichen Erben. Hier stehen neben ihr als pflichttheilsberechtigte Blutsverwandten der Vater und die vollbürtigen Geschwister des Erblassers: danach regelt sich das auf die Nov. 115 Kap. 4 zu gründende Pflichttheilsrecht der Mutter. — Die Erbberechtigung wie der Pflichttheilsanspruch der Mutter findet auch gegenüber dem außerehelichen Kinde statt[22]).

Abgesehen von den oben mit Bezug auf den Emancipirten in's Auge gefaßten Ascendenten kommen nur noch solche Ascendenten in Frage, welche einer väterlichen Gewalt über den Erblasser überall nicht fähig waren: so die väterliche Großmutter, die mütterlichen Groß-

---

[17]) Gaj. III. 14. 24.

[18]) Gaj. III § 30 verglichen mit § 24; pr. J. de SC. Tertull. 3. 3.

[19]) Ulp. 26. 8. §§ 2. 3 J. de SC. Tertull. 3. 3.

[20]) l. 2 C. Th. de inoff. test. 2. 19 verb. „si tamen defuncto consanguinei agnati non sunt superstites. Vergl. *Jac. Gothofred.* in Cod. Theodos. comment. ad h. l. vers. Tertio notetur limitatio. Francke S. 204.

[21]) Darüber Vangerow II § 409 Anm. unter II. Schirmer S. 158—162.

[22]) l. 2. l. 4 D. Unde cognati 38. 8 § 7. J. de SC. Tertull. 3. 3. l. 2 § 1 D. ad SC. Tertull. 38. 17.

eltern. Diese konnten bis zur Nov. 118 nur in der prätorischen Classe Unde cognati zur Erbfolge gelangen; seit der Nov. 118 werden sie beim Nichtvorhandensein näherer gesetzlicher Erben in der zweiten Classe der Blutsverwandten gerufen. Nach diesen Sätzen bestimmt sich die ältere und die neuere Pflichttheilsberechtigung.

C. Nachlaß der in Adoption gegebenen Kinder. Die *adoptio minus plena* gewährt dem Adoptivvater — darüber besteht kein Zweifel — keinen Pflichttheilsanspruch; derselbe hat nicht einmal gesetzliche Erbberechtigung. In Anwendung auf den leiblichen Vater sowie auf die Mutter verändert die Adoption die Grundsätze des materiellen Notherbenrechts nicht[23]).

Ist ein Kind mit voller Wirkung in Adoption gegeben, so kommt die Pflichttheilsberechtigung des Adoptivvaters und der leiblichen Eltern in Betracht. Streit besteht hier hinsichtlich der beiden Väter.

Daß dem Adoptivvater, so lange nicht das Kind wieder aus der Adoptivfamilie ausgeschieden ist, beim Zusammentreffen mit dem leiblichen Vater alle Erbberechtigung abzusprechen wäre, ist eine heutzutage wohl gar nicht vertretene Ansicht[24]). Man hat ihr mit Recht die fortdauernde Geltung des Satzes entgegengehalten, daß die Adoption die Rechte der Blutsverwandtschaft in demselben Umfange gewährt, in welchem sie Agnation begründet[25]).

Mehr hat man sich mit der Frage beschäftigt, ob der Adoptivvater thatsächlich in die Lage kommen kann, seine materielle Notherbenberechtigung geltend zu machen[26]). Man hat hier zu unterscheiden. Stirbt der Adoptirte bei fortdauernder Agnation, so wird er regelmäßig bis zum Tode Hauskind gewesen sein, und daher kann eine Querel des Adoptivvaters nur in Anwendung auf das peculium castrense und quasi-castrense in Frage kommen. Beim castrense ist sie ausgeschlossen, soweit der letzte Wille des Sohnes das Privi-

---

[23]) l. 10 pr. § 1 C. de adopt. 8. 48.

[24]) Eine Stimme dafür, vom Ende des vorigen Jahrhunderts, (Lehr) wird erwähnt bei Mühlenbruch 35 S. 225.

[25]) l. 23 D. de adopt. l. 7. l. 1 § 4 D. Unde cogn. 38. 8. l. 4 § 10 D. de gradib. 38. 10.

[26]) Die verneinende Ansicht ist am Besten ausgeführt bei Glück, de constituenda legitimae portionis parentum quantitate, p. 22—30. Bejaht wird die Frage theils in geringerem, theils in weiterem Umfange von Francke S. 188 f. Mühlenbruch 35 S. 222 f. Vangerow II § 474 Anm. unter 2. b.

legium des Soldatentestaments für sich hat. Gegenüber dem Testament eines Veteranen dagegen, und Gleiches hat vom peculium quasi-castrense zu gelten, muß bei den Römern nach der von uns unter A. vorgetragenen Ansicht ein Pflichttheilsanspruch des Adoptivvaters bis zu Justinian's l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 begründet gewesen sein. Derselbe wurde dann durch dieses Gesetz zeitweilig abgeschnitten, ist aber mit Nov. 115 wieder zur Geltung gelangt. — Ausnahmsweise kann aber auch die väterliche Gewalt des Adoptivvaters bei seinem und des Adoptivkindes Leben ohne Beseitigung der Agnation aufgehoben werden[27]): wo dies geschieht, muß man unbedingt dem Adoptivvater die oben (bei Anm. 25) im Princip anerkannte Pflichttheilsberechtigung zugestehen[28]). — Ist dagegen der Adoptirte vor seinem Tode aus der Adoptivfamilie ausgeschieden, so ist er ferner weder Agnat noch Cognat des bisherigen Adoptivvaters, und wie diesem im Fall der Emancipation die prätorische Pflichttheilsberechtigung abzusprechen war[29]), so muß ihm auch die querella inofficiosi testamenti versagt bleiben.

Dem leiblichen Vater scheint die Querel bestimmt zugestanden zu werden durch

Marcian. l. 30 D. de inoff. 5. 2. Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.

Indessen herrscht grade hier viel Streit. Am weitesten geht die Ansicht (Glosse, Arndts)[30]), wonach man bei der Stelle an einen vom Adoptivvater wieder aus der Gewalt entlassenen Sohn zu denken hätte. — Eine zweite Meinung (Basilikenscholien, Cujaz, Mühlenbruch) fordert wenigstens Wegfall der väterlichen Gewalt durch Tod des Adoptivvaters[31]). Gewöhnlich verlangt man dies, weil

---

[27]) Es soll hier nicht darauf der Ton gelegt werden, daß die Emancipation durch Rescript mit Vorbehalt der legitima jura erfolgen kann, l. 11 C. de legit. hered. 8. 58: hier ist es streitig, ob der Vorbehalt auch für die Erbberechtigung des Emancipirenden Bedeutung hat. Vergl. Schirmer I S. 187 Anm. 152. Bestimmt aber gehört hieher der Fall, wo der Sohn die bischöfliche oder eine sonstige vom Gesetz durch Vorbehalt der legitima jura ausgezeichnete Würde erlangt hat. Nov. 81 K. 2 vergl. mit K. 1. 3.

[28]) So Vangerow a. a. O.

[29]) Vergl. das im § 32 bei Anm. 21 Gesagte.

[30]) Glo. agere potest in f. ad h. l. Arndts II S. 603 bei Anm. 182.

[31]) Bas. **39**. 1. 26. sch. 1. *Cujac.* rec. sol. ad h. l. (VII, 212). *Pothier*, pand. Just. V. 2 n. 8 in not. Mühlenbruch **35** S. 223 ff.

andernfalls das Adoptivkind nicht testirfähig sein würde; in eigenthümlicher Art aber wird der Satz von Mühlenbruch begründet. Letzterer geht davon aus, daß die Adoption für die Zeit ihres Bestehens das bisherige Kindesverhältniß aufhebt und an die Stelle des bisherigen Vaters einen neuen setzt: eben darum soll Letzterer allein erben. Sodann verweist Mühlenbruch auf den in den Quellen bei der Frage der Erbberechtigung eines solchen Kindes gegen den leiblichen Vater vorkommenden Satz: adoptio tamdiu nocet, quamdiu durat (l. 6 § 4 D. de B. P. co. tab. 37. 4): dieser Satz würde, meint Mühlenbruch, auch auf den Erbanspruch des Vaters gegen das Kind angewandt sein, wenn überhaupt Veranlassung bestanden hätte, von einem solchen Anspruche zu reden. — Eine dritte Ansicht (Francke, aber auch schon in der Glosse)[32]) lehnt sich eng an den Wortlaut der l. 30 cit. an. Nach ihr hätte die Entscheidung der l. 30 cit. auch für die Zeit der bestehenden Gewalt des Adoptivvaters Bedeutung gehabt, da doch das Testament eines unter väterlicher Gewalt stehenden Veteranen über das peculium castrense der Querel zugänglich gewesen wäre.

Wie ich mich überzeugt halte, kann für die Zeit der classischen Jurisprudenz, überhaupt für die Zeit vor der Nov. 118, von einem Querelrecht des leiblichen Vaters gegen das Testament des in der Gewalt des Adoptivvaters verbliebenen Sohnes nicht geredet werden. Dagegen erscheint für eben jenen Zeitraum die Querel begründet, sobald man voraussetzt, daß das Gewaltverhältniß durch den Tod des Adoptivvaters, durch einen andern die agnatischen Rechte innerhalb der neuen Familie nicht berührenden Grund (Anm. 27) oder wie sonst immer gelöst war[33]). Durch die Nov. 118 hat der leibliche Vater überdies Pflichttheilsberechtigung gegen das über das peculium castrense oder quasi-castrense verfügende Testament des bis zum Tode in der Gewalt des Adoptivvaters verbliebenen Sohnes erlangt, soweit nicht das Privileg des Soldatentestaments entgegensteht[34]).

---

[32]) Glo. agere potest cit. Francke S. 188. Vergl. auch Vangerow II § 474 Anm. unter 2. b.

[33]) Es braucht bei den obigen wie bei den folgenden Bemerkungen des Textes nicht erinnert zu werden, daß vor der l. 10 C. de adopt. 8. 48 jede Adoption die gleiche Kraft hatte, welche seit der l. 10 C. cit. der adoptio plena zukommt.

[34]) Für das neueste Recht sind gleicher Meinung Francke und Vangerow

Die hier aufgestellte Ansicht trifft für die Zeit vor Nov. 118 mit der oben angegebenen Lehre der Basilikenscholien und des Cujaz zusammen, sie gibt ihr aber eine neue Begründung. Wenn man Aufhebung der väterlichen Gewalt des Adoptivvaters fordert, damit überhaupt an ein der Querel zugängliches Testament gedacht werden könne, so müssen wir mit Francke betonen, daß über das peculium castrense wie quasi-castrense auch der Haussohn testiren konnte; nach unserer Annahme unter A. aber war bis auf Justinian's l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 gegen ein solches Testament — beim peculium castrense wenigstens gegen das Testament des Veteranen — ein Pflichttheilsanspruch sehr wohl geltend zu machen[35]). Francke übersieht dagegen, daß trotzdem von einer Querel des (hier allein interessirenden) leiblichen Vaters nicht geredet werden konnte, weil dieser Vater gegen den in fremder Familie stehenden Haussohn keine gesetzliche Erbberechtigung hatte. Jene Peculien fielen in Ermangelung einer Vererbung durch Testament dem Adoptivvater als Gewalthaber jure peculii zu: darauf konnte dieser bei pflichtwidriger Uebergehung durch Testament die Querel gründen. Dagegen fehlte für einen Anspruch des leiblichen Vaters oder irgend eines andern Blutsverwandten jede Grundlage. Das pr. J. quib. non est perm. 2. 12 hat dann nur den Kindern und Geschwistern gesetzliche Erbberechtigung gegeben und insoweit jenes Heimfallsrecht jure peculii beschränkt; der leibliche Vater aber war auch danach noch nicht erbberechtigt. Zudem war schon vorher durch l. 37 C. cit. die Querel gegen das Testament des Veteranen über das peculium castrense wie gegen Verfügungen über das peculium quasi-castrense ausgeschlossen[36]).

Bei diesen Grundsätzen ist es verblieben, bis Justinian in Nov. 118 die gesetzliche Erbfolge auf neuer Grundlage ordnete. Bevor auf die Novelle eingegangen werden kann, ist die vorgetragene Ansicht über das Recht der voraufgehenden Zeit näher zu begründen. Was bis zur Nov. 118 einer Querel des leiblichen Vaters gegen das Testament des als Hauskind verstorbenen, in Adoption gegebenen Sohnes über die Peculien entgegenstand, war lediglich der soeben

---

a. d. a. OO. (Anm. 32). Windscheid III § 579 bei Anm. 7. Abweichend Arndts und Mühlenbruch a. d. a. OO.

[35]) Vergl. die Ausführung unter A. (S. 240 f.).

[36]) Vergl. § 70 unter III.

betonte Mangel einer gesetzlichen Erbberechtigung des Vaters. Dieser Mangel wurde gehoben, sobald die väterliche Gewalt des Adoptivvaters irgendwie aufgehoben wurde. Ohne Zweifel gilt das von der Emancipation, da das Kind damit zum leiblichen Vater in das Verhältniß trat, als wäre es von Anfang an von diesem emancipirt worden[37]; allein genügen mußte es auch, daß die Aufhebung der Gewalt ohne Zerstörung der Agnation gegenüber der Adoptivfamilie erfolgte. Denn die Cognation zwischen dem Kinde und dem leiblichen Vater war durch die Adoption nicht berührt[38], sie aber mußte, sobald das Kind gewaltfrei geworden war, dem leiblichen Vater gesetzliche Erbberechtigung in der Classe Unde cognati gewähren, und eben diese bot die Unterlage für eine Querel wider ein liebloses Testament des Sohnes.

Es ist hier der Ort, auf die Ansichten von Mühlenbruch und Arndts (bei Anm. 31. 30) einzugehen. Wenn Ersterer zur Begründung seines Widerspruchs gegen die Annahme einer (gesetzlichen wie notherbrechtlichen) Erbberechtigung des leiblichen Vaters auf den Satz Bezug nimmt: adoptio tamdiu nocet, quamdiu durat, so ist zu bedenken, daß dieser Satz nur in Anwendung auf die Erbberechtigung des Kindes ausgesprochen wird. Wenn aber weiter behauptet wird, die Adoption hebe während ihres Bestehens das seitherige Kindesverhältniß auf, so ist oft genug entgegnet, daß dabei der genau abgegrenzte Begriff der liberi, wie er für die prätorische Erbfolge gilt, mit dem Kindsverhältniß verwechselt wird. Jener Behauptung widerspricht die in den Quellen bezeugte fortdauernde Cognation: der Vater hat die bon. poss. Unde cognati als Vater, wie das Kind die gleiche bon. possessio vermöge seiner Kindeseigenschaft erhält. Dies bezeugt die schon weiter oben benutzte l. 4 § 1 D. quis ordo 38. 15:

> Filius non solum si tanquam filius, sed et si tanquam adgnatus vel *tanquam cognatus* ad bonorum possessionem vocatur, annuum spatium habet —[39].

---

[37]) § 4 J. de exher. lib. 2. 13. l. 6 § 4 D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 4 D. si tab. test. null. 38. 6. l. 10 pr. in f. C. de adopt. 8. 48.

[38]) § 13 J. de her. quae ab int. 3. 1. § 2 (3) J. de success. cognat. 3. 5. l. 1 § 4 D. Unde cogn. 38. 8. Vergl. auch l. 8 D. de R. J. 50. 17.

[39]) Dazu die gleiche Bemerkung für Eltern und Kinder in l. 1 § 15. 16 D de success. edict. 38. 9. Vergl. Schirmer I S. 206 f. in Anm. 25.

Denn die einjährige Agnitionsfrist besteht nur für Eltern und Kinder[40]). — Danach bleibt für die Begründung von Mühlenbruch's Annahme, als trete in der Adoption der Adoptivvater für die Beerbung des Kindes an die Stelle des leiblichen Vaters, nur etwa l. 10 C. de adopt. 8. 48 übrig: auf diese Constitution komme ich sogleich in Anknüpfung an die Meinung von Arndts[41]).

Ungleich bedeutender ist der ausschließlich auf die l. 10 pr. C. de adopt. 8. 48 gegründete Widerspruch, wie ihn Arndts gegen die von uns angenommene Ansicht erhoben hat. Schon gelegentlich der Besprechung der Pflichttheilsberechtigung des in Adoption gegebenen Kindes gegenüber dem leiblichen Vater ist von der in der That nicht unbedenklichen Fassung des Gesetzes die Rede gewesen. Von dem dort (S. 236) mitgetheilten Satze aus l. 10 C. cit. kommen hier vornehmlich die auf den Adoptivvater hinweisenden Worte in Betracht:

et *is ei solus pater intellegatur*, quem lex fecit et natura non dereliquit.

Das klingt freilich, als sollte der leibliche Vater völlig durch den Adoptivvater ersetzt, Ersterer jedes erbrechtlichen Anspruchs verlustig erklärt werden. In Wahrheit ist es jedoch nicht so. An der soeben angegebenen Stelle habe ich zu zeigen gesucht, daß die weit schärfer klingenden Aeußerungen des Gesetzes über descendentische Berechtigung nur die regelmäßige gesetzliche Berechtigung aus der Classe Unde liberi und insoweit die Querel absprechen wollten, daß dagegen die bon. poss. Unde cognati und die ausnahmsweise[42]) auch dem in Adoption Gegebenen angebotene bon. poss. Unde liberi sowie

[40]) Ulp. 28. 10. § 5. (9) J. de bon. poss. 3. 9.

[41]) Unrichtig ist es auch von Mühlenbruch's Standpunkt aus, wenn derselbe eine Pflichttheilsberechtigung des leiblichen Vaters nicht allein bei Emancipation des Kindes durch den Adoptivvater annimmt, sondern auch beim Tode des Letzteren. Beseitigte wirklich die Adoption, so lange sie besteht, das frühere Kindesverhältniß, ersetzte sie den natürlichen Vater durch einen neuen, so müßte dieser Zustand den Tod des Adoptivvaters überdauern, sofern nur der Agnationsverband fortdauerte. In diesem Sinne beurtheilt Gajus in l. 9 D. de B. P. co. tab. 37. 4 die Ausschließung des in fremder Familie stehenden Kindes von der bon. poss. contra tabulas gegenüber dem leiblichen Vater: Utrum autem pater adoptivus vivit an defunctus est, nihil interest: *nam hoc solum quaeritur, an in adoptiva familia sit.*

[42]) l. 3 § 7. 8. l. 21 § 1 D. de B. P. co. tab. 37. 4.

die auf die eine wie die andere bon. possessio gegründete Pflichttheilsberechtigung nicht haben abgeschnitten werden sollen. Ist diese Behauptung im Recht trotz der äußerlich widerstrebenden Fassung des Gesetzes[43]), so wird man auch keinen Anstand nehmen dürfen, dem leiblichen Vater die bon. poss. Unde cognati offenzuhalten: folgeweise muß er auch auf dieser Grundlage Pflichttheilsberechtigung geltend machen können. Einer solchen Annahme darf um so eher das Wort geredet werden, als genau betrachtet Nichts uns veranlaßt, die oben im Text hervorgehobene Wendung der l. 10 C. cit. auf die Erbberechtigung des Adoptivvaters zu beziehen; ist doch nach Justinian's einleitenden Worten die Aufgabe des Gesetzes in der Feststellung des Kindeserbrechts zu suchen. — Ein völlig entscheidender Beweis für die hier vertheidigte Ansicht liegt in der schon oben (S. 249) durch Abdruck mitgetheilten l. 30 D. de inoff. 5. 2: hier wird die Querel des leiblichen Vaters bestimmt zugelassen. Es ist nach meinem Dafürhalten ein unstatthaftes Umdeuten vor Marcian's Worten, wenn Arndts in dem „filius in adoptionem datus" einen Sohn sieht, der wieder aus der Adoptivfamilie ausgeschieden ist. Haben aber die Compilatoren eine solche Aeußerung in die Pandekten aufgenommen, so verweist uns dies auf die soeben vertheidigte Auslegung der l. 10 C. cit., welche die Annahme eines Widerspruchs vermeidet.

Das Ergebniß, zu welchem unsre Untersuchung bei der Pflichttheilsberechtigung des leiblichen Vaters für das Recht der Pandekten und des Codex gelangt ist, steht im Einklang mit der Ansicht, die wir im § 33 (S. 236 f.) bezüglich der gleichen Berechtigung des in Adoption gegebenen Kindes gegenüber dem genannten Vater vertheidigt haben. Denn auch dort nahmen wir Pflichttheilsberechtigung an, sofern nur dem Kinde die bon. poss. Unde cognati und in Ausnahmsfällen die Unde liberi zur Stütze diente. Schwierigkeiten scheinen sich hier für Diejenigen zu erheben, welche zwar jene Berechtigung des Vaters, nicht aber die des in Adoption gegebenen Kindes gelten lassen wollen. Zur Erklärung der behaupteten Verschiedenheit weist Francke darauf hin (Seite 188), daß dem Kinde ein neues Pflichttheilsrecht

[43]) l. 10 pr. C. cit. (bei adoptio plena): — *et non patris naturalis successionem molestare concedatur,* sed avita et proavita tantummodo reverentia protegetur —.

(gegen den Adoptivvater) gewährt sei, nicht so dem leiblichen Vater. Dabei würde man sich indessen schwerlich beruhigen dürfen. Schon das scheint uns nach unsern Bemerkungen im § 33 (S. 233) fraglich, ob der Gesichtspunkt der Verschaffung neuer Pflichttheilsberechtigungen in der Adoptivfamilie einen erheblichen Einfluß auf die Behandlung des in Adoption gegebenen Kindes geübt hat; es kommt aber hinzu, daß der Vater das vorhanden gewesene Gewaltvermächtniß durch eignes, willkürliches Handeln — eben die Hingabe des Kindes in Adoption — zerschnitten hat. Darf er sich danach beklagen, wenn das Kind sich der später erlangten Testirfähigkeit in einer ihn verletzenden Weise bediente? Eher wäre vielleicht für die von Francke vertretene Annahme einer Bevorzugung des leiblichen Vaters vor dem Kinde, bei Regelung der Pflichttheilsberechtigung, dieses zu sagen. Wenn die Hingabe in Adoption in der Folge dazu führte, daß das Kind — etwa nach seiner Befreiung von der Gewalt des Adoptivvaters — ein eignes Vermögen erwarb, so verdankte dies das Kind wenigstens mittelbar jenem Rechtsact des Vaters, und darum war ihm billig anzusinnen, daß es dem Vater den Pflichttheil zuwendete[44]).

Die bisher erörterte Frage kehrt wieder für das Novellenrecht. Es ist nicht außer Streit, ob dem leiblichen Vater nach Nov. 118 gesetzliche Erbberechtigung für die Zeit zuzugestehen ist, wo sein Kind sich in der fremden Familie befindet. Indessen muß man sich vom Standpunkt eines Rechts, welches die Blutsverwandtschaft zur alleinigen Grundlage der Erbfolge macht, bestimmt für die Bejahung entscheiden[45]). Mühlenbruch (a. a. O. S. 225 ff.) hält auch hier an seinem Widerspruch fest mit der Begründung, daß der Adoptivvater an die Stelle des leiblichen trete. Diese Ansicht hat in dem, was oben bei der Besprechung des früheren Rechts bemerkt worden ist, ihre Würdigung gefunden. — Das zweite Kapitel der Novelle

[44]) In dieser Weise begründet Ulpian die Zulassung des emancipirenden Vaters zur bon. poss. contra tabulas dimidiae partis, in l. 1 pr. D. si a parente 37. 12: — quod aequissimum praetori visum est, *quia a parente beneficium habuit bonorum quaerendorum:* quippe si filius familias esset, quodcumque sibi adquireret, ejus emolumentum patri quaereret. —

[45]) Näheres bei Arndts II S. 53 a. E. 54. Schirmer I S. 207 in der Anm. Vangerow II § 412 Anm. unter III a. E. Windscheid III § 571 Anm. 10.

spricht es ferner deutlich aus, daß die vom Gesetz gewährte Erbberechtigung ohne Abweichung auch für das Vermögen der Hauskinder zu gelten hat[46]): damit ist insbesondere auf jener Grundlage der Blutsverwandtschaft eine Erbberechtigung der Ascendenten in Ansehung des castrensischen und quasi-castrensischen Vermögens anerkannt.

Der ascendentischen Pflichttheilsberechtigung hatte dagegen schon Nov. 115 Kap. IV das castrensische wie quasi-castrensische Peculium unterworfen[47]). Aus allem dem folgt, daß im neuesten Recht der leibliche Vater nicht blos im Allgemeinen Pflichttheilsberechtigung gegen das in Adoption gegebene Kind hat, sondern daß er auch das Testament seines in der väterlichen Gewalt des Adoptivvaters verbliebenen Sohnes über jene Peculien wegen Pflichttheilsverletzung anfechten kann.

Die Erbberechtigung der Mutter wird durch den Eintritt des Kindes in die Adoptivfamilie nicht verändert[48]). Dieselbe hat also Pflichttheilsberechtigung, sobald sie gegen das Testament des Kindes zufolge seines irgendwie begründeten Ausscheidens aus der Gewalt des Adoptivvaters eine gesetzliche Erbberechtigung geltend machen kann. Wegen der ursprünglichen Beschränkung dieser Letzteren auf die bon. poss. Unde cognati, wegen der späteren Veränderungen durch das SC. Tertullianum, nachfolgende Kaiserconstitutionen und die Nov. 118 ist auf die Bemerkungen unter B (S. 247) Bezug zu nehmen. An der auf die Nov. 115 Kap. IV zu gründenden Notherbenberechtigung gegenüber dem peculium castrense und quasi-castrense hat auch die Mutter Theil.

Aus unsern Erörterungen über die Berechtigung der beiden Väter und der Mutter ergibt sich, daß diese drei Ascendenten als Pflichttheilsberechtigte mit einander concurriren können. Indessen ist dies nur möglich, so lange die agnatische Verbindung mit dem Adoptiv-

---

46) Vergl. das auf S. 243 Gesagte.

47) Näher auszuführen im § 70 unter IV.

48) Das Kind wird nicht Verwandter der Ehefrau des Adoptivvaters, l. 23 D. de adopt. 1. 7. Dagegen besteht das Verhältniß zur leiblichen Mutter fort, l. 10 § 1 C. de adopt. 8. 48: — quis enim materna jura possit abolere, cum videbatur et antiquo jure patrem quidem habere adoptivum, matrem autem eam, quam natura cognoscit? —. l. 4 § 1 D. Unde cognati 38. 8.

vater besteht. Ist diese durch Emancipation gelöst, so besteht eine Pflichttheilsberechtigung des Adoptivvaters nicht mehr[49]).

Die bisher für die adoptio plena entwickelten Grundsätze sind auch auf die Beerbung des Arrogirten anzuwenden. Keinen Widerspruch enthält l. 1 § 2 D. si a parente 37. 12: Ulpian handelt von einem durch den Großvater emancipirten Enkel, der sich demnächst vom leiblichen Vater hat arrogiren lassen: hier sollen die Rechte des Quasipatron ausschließlich dem Großvater bleiben[50]).

Das ist eine Anwendung der Grundsätze über die Erbberechtigung des Patrons: diese sollte nicht durch eine adrogatio per obreptionem facta verkürzt werden können[51]). Für das Recht der Querel lassen sich daraus keine Folgerungen ziehen.

Was von der Pflichttheilsberechtigung der leiblichen Mutter gesagt ist, findet ebenso Anwendung auf die Frau, welche ausnahmsweise (in solatium liberorum amissorum) ein Kind gültig adoptirt hat. Denn hier werden auf der einen wie andern Seite die Rechtsverhältnisse begründet, welche aus dem natürlichen Kindesverhältniß entspringen[52]).

Rücksichtlich der entfernteren Ascendenten genügt eine Verweisung auf das unter B. Gesagte.

§ 35.

C. **Die Geschwister** *).

Die geschichtliche Entwicklung der Pflichttheilsberechtigung der Geschwister verursacht in Einem Punkte erhebliche Zweifel. Ulpian bezeichnet in l. 1 D. de inoff. 5. 2 allgemein den Bruder als zur Querel berechtigt, während er im Gegensatz zu ihm die weiter stehen-

---

[49]) l. 2 § 15 D. ad SC. Tertull. 38. 17. Von demselben Fall ist l. 3 D. eod. zu verstehen: Mühlenbruch **35** S. 229.

[50]) l. 1 § 2 cit.: — sive manens in potestate patris decesserit sive manumissus diem suum obeat, solus admittetur avus ad ejus successionem ex interpretatione edicti, quia perinde defert praetor bonorum possessionem, atque si ex servitute manumissus esset: porro si hoc esset, aut non esset adrogatus, quia adrogatio liberti admittenda non est, aut si obrepserit, patroni tamen nihilo minus jus integrum maneret.

[51]) l. 49 D. de bon. libert. 38. 2. Vergl. auch l. 10 § 2 D. de in jus voc. 2. 4. Dazu Schmidt, Pflichtth.-R. S. 62 Anm. 82. S. 145 bei Anm. 50. In der Beurtheilung der l. 1 § 2 cit. übereinstimmend Mühlenbruch **35** S. 227 f.

[52]) l. 5 C. de adopt. 8. 48.

*) Francke S. 190—201. Mühlenbruch **35** S. 229—232. Vergl. auch Köppen, Syst. I S. 124—127.

den Seitenverwandten von dieser Berechtigung ausschließt. Aehnlich gesteht die l. 21 C. eod. von Diocletian und Maximian äußerlich ohne Einschränkung den Geschwistern die Klage zu, — abermals im Gegensatz zu entfernteren Seitenverwandten, denen jede Aussicht auf Pflichttheilsberechtigung abgeschnitten wird[1]). Ein anderer Rechtszustand tritt dagegen deutlich zu Tage in l. 1 C. Th. de inoff. test. 2. 19 von Constantin (319):

Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur et germanis tantummodo fratribus adversus eos duntaxat institutos heredes, *quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis,* agnatione durante sine auxilio praetoris petitionis aditus reseretur.

Etwas laxer ist das Erforderniß in Ansehung der Personen der im Testament gerufenen Erben ausgeprägt in l. 3 C. Th. eod.; ich komme auf diese Stelle weiter unten.

Die Art wie in l. 1 C. Th. cit. bestimmten Geschwistern die Querel unter der Bedingung verheißen wird, daß die eingesetzten Erben ganz verächtliche Menschen sind, macht glauben, es werde hier neues Recht geschaffen; im Einklang würde damit die Nachricht in § 1 J. eod. 2. 18 stehen, daß nach kaiserlichen Constitutionen den Geschwistern nur dann zu klagen gestattet sei, wenn das Testament verächtliche Erben rufe. Dennoch reichen diese Beweise für die Bestimmung der Entstehungszeit jenes Satzes nicht aus. Was die Institutionen betrifft, so konnten deren Verfasser die beiden Verordnungen Constantin's (l. 1. l. 3 C. Th. citt.), die man in der Praxis als Beweis für den Rechtssatz anführen mochte, irrig für dessen Quelle ansehen. Zudem besteht die Möglichkeit, daß schon ältere Kaiserconstitutionen den gleichen Grundsatz aussprachen.

Die l. 1 C. Th. cit. stellt drei Erfordernisse auf: agnatische Verwandtschaft der Geschwister — Fortdauer der Agnation — Verächtlichkeit der Erben; die Annahme, daß damit durchweg etwas Neues bestimmt werde, erscheint nicht geboten. Wie wenig brauchbar endlich die l. 1 D. cit. und l. 21 C. J. cit. bei unsrer geschichtlichen

[1]) Ohne Bedeutung sind zwei andre Aeußerungen über die Querel der Geschwister: Ulp. l. 8 § 5 D. h. t. 5. 2 und Antonin. (Carac.) l. 5 C. eod. In beiden Fällen lagen bestimmte Fragen zur Beantwortung vor, die keine Veranlassung darboten, den Umfang jener Pflichttheilsberechtigung näher zu bestimmen. — Eine Hindeutung auf die Querel des Bruders enthält auch Valer. Max. VII. 8 n. 4.

Frage sind, zeigt eine weitere, wiederum von Ulpian herrührende Digestenstelle. In l. 24 D. de inoff. 5. 2 bezeichnet es Ulpian als alltägliche Erscheinung, daß über einen und denselben mit der Querel verfolgten Anspruch entgegengesetzte Entscheidungen ergingen; er fügt hinzu:

— quid enim si fratre agente heredes scripti *diversi juris* fuerunt?

Die Stelle ist, wie mir scheint, einzig mittelst der Annahme befriedigend zu erklären, daß die Geschwister die Querel schon zur Zeit der classischen Juristen nur bei Bescholtenheit des Testamentserben hatten [2]). Diese Auffassung findet eine starke Stütze an einem analogen Rechtssatze: wie wir durch Paulus erfahren — l. 3 D. si a parente 37. 12 — steigerte sich der Pflichttheilsanspruch des Patrons bis zur Höhe der ganzen Erbschaft, wenn das Testament verächtliche Personen zu Erben rief [3]). Daß in einer noch früheren Zeit selbst bei der Querel der Kinder (und Eltern) auf die Persönlichkeit der eingesetzten Erben Rücksicht genommen wurde, beweist Plin. VI ep. 33 c. 5. 6. [4]). — Aus allen diesen Gründen entscheide ich mich für die Annahme, daß der angegebene Rechtssatz schon in der classischen Zeit bestanden hat.

Wenige Jahre nach l. 1 C. Th. cit. erging eine zweite Consti-

---

[2]) So bezüglich der geschichtlichen Frage wie der Auslegung der l. 24 cit. Ad. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 150 Anm. 58. Kuntze, Curs. d. Instit. § 907. Grade so rücksichtlich jener Frage, doch mit abweichender Erklärung der l. 24 cit., Marezoll, bürgerl. Ehre S. 249—252. Ohne ein Eingehen auf die geschichtliche Untersuchung geben bei l. 24 cit. die Auslegung unsres Textes schol. Bas. **39**. 1. 20 *Cujac.* rec. sol. in l. 15 D. 5. 2 (VII. 198 f.). — Ueber eine völlig verkehrte Auffassung des früheren Rechts bei *Jac. Gothofredus*, comment. ad l. 1 C. Th. cit. vergl. Mühlenbruch **35** S. 340 f. in Anm. 89. — Weitere Litteratur bei Glück VII S. 437 f. (zu l. 24 cit.).

[3]) Auf die Stelle beziehen sich Marezoll und Schmidt a. d. a. OO. — Unerheblich ist l. 31 § 1 D. h. t.: die freilich sehr ungeschickt gefaßte Aeußerung will wohl nur hervorheben, daß die Querel der Geschwister regelmäßig Einsetzung fremder Personen verlangt, nicht so die der Kinder und (nur wenig) die der Eltern. Vergl. schol. Bas. **39**. 1 c. 29. Marezoll S. 249—251.

[4]) Eine solche allgemeine Berücksichtigung der Persönlichkeit des Eingesetzten nimmt bei der Querel der Geschwister noch für die ganze Zeit der römischen Jurisprudenz an Francke S. 173 f., besonders Anm. 4, anscheinend auch Köppen, Syst. I S. 125 Anm. 303. Vergl. auch *Schrader* ad § 1 J. de inoff. 2. 18 verb. turpibus personis scriptis.

tution Constantin's über die gleiche Pflichttheilsberechtigung, die l. 3 C. Th. eod. Aus beiden ist dann von den Compilatoren mit mehrfachen Abänderungen, welche im Folgenden hervorgehoben werden sollen, die l. 27 C. J. de inoff. test. 3. 28 gebildet. Nach l. 3 und l. 27 citt. kann der eingesetzte Erbe nicht allein dann belangt werden, wenn er eine Ehrenminderung kraft Rechtsatzes erlitten hat (s. g. infamia juris), sondern auch wenn er ohne bekräftigenden Rechtssatz[5]) nach dem sittlichen Urtheil der Mitmenschen wegen einer einzelnen Handlung oder wegen seiner ganzen Lebensweise als bescholten gilt. Indem für diese zweite Anwendung, die s. g. infamia facti, die Ausdrücke turpitudo und levis nota gebraucht sind, ist deutlich jeder noch so geringe Fall einer Bescholtenheit unter das Gesetz gezogen[6]). Von Theophilus ad § 1 J. de inoff. 2. 18 werden als Bespiele genannt die ἡνίοχοι, μίμοι, κυνηγοὶ καὶ οἱ ἀπὸ αἰσχρᾶς μίξεως ἐγνωσμένοι (aurigae sive agitatores, mimi, venatores sive bestiarii et qui ex turpi consuetedine notitiam contraxere)[7]).

Bei der Anwendung dieser Grundsätze hat man sich davon leiten zu lassen, daß die Bescholtenheit eine durch die sittlichen Anschauungen des einzelnen Zeitabschnitts bestimmte Thatsache ist, daß daher jedenfalls auf dem Gebiet der infamia facti das sittliche Urtheil der Gegenwart den Ausschlag zu geben hat[8]). Demnach wird man aus der ersten Classe der bei Theophilus genannten Personen nur herumziehende Bänkelsänger, Gaukler und Seiltänzer der niedrigsten Art hieher ziehen dürfen. Was aber die Personen betrifft, die sich eines Fleischesvergehens schuldig gemacht haben, so ist zwar mit dem O.-A.-G. zu Lübeck[9]) ein Frauenzimmer, welches Jahre lang das Gewerbe einer in das Polizeiregister eingetragenen öffentlichen Buhldirne treibt, als persona infamis der Pflichttheilsklage zu unterwerfen; im Uebrigen aber ist auf diesem Gebiet die heutige Praxis eine milde. Das O.-A.-G. zu München (Erk. in Anm. 8) schließt

5) l. 2 pr. D. de obsequ. 37. 15.

6) Vergl. Francke S. 194 f. Marezoll S. 254 f. Savigny, Syst. II S. 222 f. Vangerow II § 474 Anm. unter 3.

7) Zu vergleichen ist etwa noch die westgothische interpretatio zu l. 1 C. Th. cit.

8) So das Urtheil des O.-A.-G. zu München vom 13. Januar 1868 bei Seuffert, Arch. **23**. 151.

9) Erk. vom 21. Januar 1854 bei Seuffert **7**. 340. Dabei wird hervorgehoben, daß der Makel nur durch restitutio famae zu beseitigen ist.

die Klage gegenüber der vom Erblasser eingesetzten Concubine trotz der im Polizeistrafgesetz der wilden Ehe gedrohten Strafe aus; ein Namens des O.-A.-G. zu Jena von den Schöffen zu Halle verfaßtes Urtheil vom 29. März 1836 erklärt unter Verweisung auf die Grundsätze des canonischen Rechts, daß der während der Trauerzeit zwischen der Wittwe und ihrem demnächstigen zweiten Mann vollzogene Beischlaf einen Grund zur Zulassung der Querel nicht abgebe[10]); — nach dem Urtheil des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 28. Juli 1841 soll selbst der ehebrecherische Umgang der beklagten ledigen Erbin mit dem verheiratheten Erblasser die Eigenschaft eines verächtlichen Menschen nicht begründen[11]). — Unbedingt anzuerkennen ist, daß uneheliche Geburt keinen Makel im Sinne der l. 27 C. cit. darstellt[12]).

Veraltet ist die Zulassung einer Querel der Geschwister gegen eingesetzte Freigelassene des Erblassers[13]), — ferner die Ausschließung der Querel gegenüber einem als heres necessarius eingesetzten Sclaven[14]).

Vorhin wurde der Annahme zugestimmt, daß die Querel der Geschwister schon nach classischem Recht auf den Fall der Berufung verächtlicher Testamentserben beschränkt gewesen ist; im Gegensatz dazu wird man die Ausschließung der Halbgeschwister von der Mutterseite von der Zahl der Querelberechtigten als Neuerung der l. 1 C. Th. de inoff. test. 2. 19 betrachten dürfen. Während dieses Gesetz und in Uebereinstimmung mit ihm l. 27 C. J. cit. die bezügliche Beschränkung in Ansehung der berechtigten Subjecte an die Spitze aller Anordnungen stellt, ist von derselben in den sämmtlichen voraufgehenden Aussprüchen der Justinianischen Gesetzbücher, wie wir sie bei der Erörterung der erwähnten ersten Frage aufgezählt haben, keine Spur wahrzunehmen, vielmehr werden überall die Geschwister ohne Unterschied als berechtigt bezeichnet[15]). Den uterini werden

[10]) Seuffert 5. 301. Auch das Eheversprechen der verheiratheten Frau an den späteren zweiten Mann soll nach diesem Urtheil keine turpitudo erzeugen.

[11]) Seuffert 5. 210.

[12]) Erk. des O.-A.-G. zu Cassel vom 17. October 1840 (Seuffert I. 91). So auch Francke S. 197 f. Vangerow a. a. O.

[13]) l. 3 C. Th. cit. Die l. 27 C. J. cit. nimmt den Fall aus, wenn der Freigelassene sich um den Erblasser wohl verdient machte.

[14]) Vergl. die Stellen der Anm. 13.

[15]) Vergl. dann noch das im § 33 bei Anm. 10 Gesagte. — Den Grund für die Zurücksetzung der uterini sieht Köppen, Syst. I S. 126 darin, daß nur Halb-

als zur Querel berufen in l. 1 C. Th. cit. die *germani* fratres, in l. 27 C. J. cit. die *consanguinei* gegenübergestellt: grade dieses Entgegenstellen lehrt, daß die beiden letzteren Ausdrücke hier gleichbedeutend sind, daß es lediglich auf das Abstammen von einem gemeinsamen Vater ankommt, die Abstammung von derselben Mutter gleichgültig ist. Bei dem „germani" der l. 1 C. Th. cit. ergibt sich dies überdies aus dem daneben stehenden Betonen der Agnation; für die gleiche Bedeutung des „consanguinei" in l. 27 C. cit. bieten sich in den Quellen vielfache Vorkommnisse[16]). — Constantin verlangte ferner Fortdauer der Agnation bis zum Tode des Erblassers, — Justinian hat dies fallen gelassen[17]).

So bestimmt die besprochenen Gesetze erklären, daß Halbgeschwistern von der Mutter her Pflichttheilsberechtigung nicht zustehe, so haben doch nicht wenige ältere Schriftsteller mit Rücksicht auf die Nov. 118, welche im Kap. III verglichen mit Kap. IV die Halbgeschwister ohne Unterschied in der dritten Erbclasse ruft, für das neueste römische Recht das Gegentheil behauptet[18]). Dieser heutzutage völlig überwundenen Ansicht[19]) steht vor Allem entgegen, daß die gesetzliche Erbberechtigung, wenngleich Bedingung der Pflichttheilsberechtigung, doch für deren Dasein keinen Schluß begründet: zum Beweise genügt der Hinweis auf das Rechtsverhältniß des ohne volle Wirkung Adoptirten nach l. 10 pr. § 1 C. de adopt. 8. 48[20]). Da-

---

geschwister vom Vater her den gleichen Familiennamen tragen, daher nur solche Kinder sich als Glieder einer und derselben Familie fühlen. Diese Erwägung wird schwerlich bei Constantin, der ja auf Agnation den Nachdruck legte, wohl kann sie bei Justinian entscheidend gewesen sein. Zu leugnen aber ist, daß sie bei einem Rechtsinstitut, welches wie die Querel die Blutsverwandtschaft betont, berechtigt wäre.

[16]) § 1 J. de legit. agnat. succ. 3. 2: — nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Gaj. III. 10. Paul. IV. 8. 15. Ulp. in Collat. XVI. 6 § 1. Dieselbe Bedeutung hat der Ausdruck beim SC. Tertullianum: Ulp. XVI. 8 § 3. 5 J. de SC. Tertull. 3. 3. — Vergl. Bluntschli S. 150 f. Francke S. 191 f. Mühlenbruch 35 S. 230 ff. Die beiden letzteren Schriftsteller widerlegen die Ansicht Aelterer, als gelangten vollbürtige Geschwister unbedingt zur Querel.

[17]) Vergl. einerseits l. 1 C. Th. cit., andererseits l. 27 C. J. cit.

[18]) Vergl. die litterarischen Nachweise bei Glück VII S. 7 ff. S. 12—14. Francke S. 192.

[19]) Vergl. außer Glück und Francke (Anm. 18) Mühlenbruch 35 S. 230. Arndts a. a. O. S. 637 unter 1. Vangerow II § 474 Anm. unter 3. Windscheid III § 579 Anm. 3.

[20]) Näheres im § 36, Text hinter Anm. 7 und unter Num. II.

zu kommt, daß Justinian schon im revidirten Codex die Halbgeschwister von der Mutterseite den übrigen Geschwistern für die gesetzliche Erbfolge gleichgestellt hatte[21]), und daß schon mit l. 27 C. cit. für die consanguinei das Erforderniß fortdauernder Agnation beseitigt war. Demnach hat man bestimmt den uterini die Pflichttheilsberechtigung mit vollem Bewußtsein von der damit gegebenen Singularität abgesprochen. Auch in der abgeschwächten Gestalt, wonach die genannten Halbgeschwister wenigstens dann an der Notherbfolge Theil nehmen sollten, wenn andere ihnen in der gesetzlichen Erbfolge gleichstehende Geschwister das Testament mit der Querel umgeworfen hätten[22]), ist die jetzt besprochene Ansicht unhaltbar. Denn der einzelne Notherbe erstreitet nur den eignen gesetzlichen Erbtheil.

Dieselben Fragen, welche soeben für die Halbgeschwister von der Mutter her beantwortet wurden, sind früher mit Rücksicht auf Nov. 118 Kap. 3 bezüglich der Kinder vorverstorbener Geschwister aufgeworfen[23]); die verneinende Antwort ist auch hier außer Zweifel. Hätte Justinian den Geschwisterkindern mit Rücksicht auf die neue Erbfolgeordnung Pflichttheilsberechtigung gewähren wollen, so hätte er dies jedenfalls gegenüber den abweichenden Aussprüchen in Institutionen, Digesten und Codex[24]) ausdrücklich erklärt.

In neuerer Zeit ist eine früher von *Chifletius*[25]) und wenigen andern Schriftstellern aufgestellte Ansicht, wonach den Geschwistern nach römischem Recht gar kein wahres Pflichttheilsrecht zukäme, durch Marezoll[26]) näher begründet. Danach hätten die Geschwister zwar auf die Querel ein Recht, nicht aber auf den Pflichttheil: ihre Berechtigung wäre in Wahrheit ein Exceptionsrecht, begründet dadurch, daß ihnen der Erblasser verächtliche Personen vorgezogen hätte. Die Letzteren, so wird ausgeführt, seien entweder schon nach den Grundsätzen des gemeinen Erbrechts erbunwürdig, oder es liege doch nach den Gesetzen über den Anspruch der Geschwister eine specielle Unwürdigkeit vor: eigenthümlich aber sei, daß die Entziehung des Erb-

---

[21]) l. 15 § 2 C. de legit. her. 6. 58.

[22]) Vergl. darüber Francke S. 194.

[23]) Vergl. Glück VII S. 6 ff. S. 14—17. Francke S. 193. Mühlenbruch S. 230.

[24]) § 1 J. de inoff. test. 2. 18. l. 1 D. l. 21 C. eod.

[25]) *Claud. Chifletius*, de portionib. legit. lib. singul. cap. XI, in Otto, thesaur. V 738—740.

[26]) Zeitschr. f. Civ.-R. und Proc. I S. 185 ff.

theils durch die Geschwister, und daß sie mittelst der Querel erfolge. Aus dieser Auffassung werden auch Consequenzen gezogen (Marezoll S. 197 f. S. 201 f.): die Geschwister sollen die Erbtheile der verächtlichen Erben sogar dann abfordern können, wenn ihnen selbst soviel zugewendet ist, als nach regelmäßigen Grundsätzen der Pflichttheil betragen würde; auch sollen sie jene Erbtheile ganz zu beanspruchen haben, wäre ihnen immer nach den Regeln über die Ergänzungsklage neben dem ihnen selbst Ausgesetzten weniger zu gewähren.

Diese Ansicht ist zunächst von Francke[27]), dann mehr als ausführlich von Glück und Mühlenbruch[28]) widerlegt, sie hat auch sonst keinen Anklang gefunden[29]). Zu ihrer Widerlegung genügt, daß die Quellen als Voraussetzung der Querel, die doch unbestritten den Geschwistern gebührt, gerade das bezeichnen, daß dem Berechtigten der Pflichttheil nicht gewährt sei[30]), — daß die Geschwister nicht allein überall ohne Unterscheidung neben sonstigen Notherben genannt[31]), sondern in Einer Stelle mit bestimmten Worten als Personen bezeichnet werden, denen unter Umständen der Pflichttheil hinterlassen werden müsse[32]), — daß endlich auch der Querel der Geschwister, abweichend von den Grundsätzen über Erbunwürdigkeit, die Wirkung zugeschrieben wird, den Erblasser zu einem intestatus zu machen[33]), demnach mit der Erbeseinsetzung auch die Nebenverfügungen zu beseitigen.

Daß am Pflichttheilsrecht der Geschwister durch die Novelle 115 nichts geändert ist, wurde schon im § 1 unter I. g. E. angedeutet.

---

27) Recht der Notherben S. 198—200.

28) Glück's Commentar 35 S. 89—139.

29) Vergl. Arndts a. a. O. S. 637 f. unter 3. Vangerow II § 474 Anm. 1 unter 3 a. E. Windscheid III § 579 Anm. 4.

30) § 3 in Verbindung mit § 1. § 6 J. de inoff. test. 2. 18. l. 8 § 8. 9 D. eod. 5. 2.

31) pr. § 1 J. eod. l. 1 D. l. 21 C. eod.

32) Nov. 1 praef. § 2. — Die Art, wie Marezoll S. 198 f. sich mit der Novelle abzufinden sucht, wird dem Inhalt des Gesetzes nicht gerecht.

33) l. 24 D. h. t. Hier muß Marezoll selbst anerkennen (S. 215 und 217), daß die Grundsätze über Erbunwürdigkeit nicht festgehalten werden.

§ 36.

II. Weitere subjective Voraussetzungen der Pflichttheilsberechtigung*).

I. Damit Jemandem Pflichttheilsberechtigung zugeschrieben werden könne, muß er selbstverständlich erbfähig sein. Für einen früheren Zeitpunkt als den des Todes des Erblassers ist die Fähigkeit nicht zu fordern: ist sie zu dieser Zeit vorhanden, so ist damit auch der Anspruch auf Bedenkung begründet[1]). Von hier ab aber muß sie bis zum Erwerb der Erbschaft durch den Notherben fortdauern[2]).

II. Zu fordern ist ferner gesetzliche Erbberechtigung, diese aber als nächste Berechtigung beim vorliegenden Erbfalle. Um das Verhältniß dieser Erbberechtigung zum Pflichttheilsanspruch näher zu bestimmen, unterscheiden wir die Querel und die Ergänzungsklage. Mit der querella inofficiosi testamenti sucht der Notherbe Genugthuung gegenüber der ihm durch seine ungerechtfertigte Ausschließung von der Beerbung zugefügten Kränkung: die Genugthuung wird ihm zu Theil, indem ihm durch die richterliche Rescission des Testaments die Möglichkeit gewährt wird, die gesetzliche Erbberechtigung zur Geltung zu bringen. Hiernach hat Letztere für die Querel eine zweifache Bedeutung. Sie ist

a. Theil des Rechtsgrundes der Klage. Soll Kränkung durch Ausschließung von der Erbfolge angenommen werden, so muß es gewiß sein, daß der Notherbe ohne den letzten Willen zur Erbfolge gelangt wäre, daß ihm somit jene nächste Erbberechtigung zustand[3]).

---

*) Francke S. 174—177. S. 202—206. Mühlenbruch 35 S. 140—154. S. 232—236. Arndts II S. 602—604 unter 1 und 2. Vangerow II § 474 Anm. 2.

[1]) Zu verweisen ist auf die analoge l. 3 § 10 D. de B. P. co. tab. 37. 4. (Ulp.) Liberi, qui institui heredes jure non possunt, nec contra tabulas bonorum possessionem petere possunt. haec autem verba „institui non possunt“ ad mortis tempus referuntur.

[2]) Arg. § 4 J. de hered. qual. 2. 19. l. 49 § 1 D. de her. inst. 28. 5. — Der Satz des Textes gilt für die Querel, nicht für die Ergänzungsklage. Ist auch anzuerkennen, daß Letztere als Forderung gegen die Testamentserben vor deren Erbschaftserwerb nicht entsteht (s. unten § 39 unter III. b.), so ist doch schon vom Tode des Erblassers an ein Anspruch auf Ergänzung begründet, der ohne Weiteres auf die Erben des Notherben übergeht. So l. 34 C. h. t.; dazu unsern § 58 bei Anm. 35.

[3]) Ulp. l. 6 pr. D. de inoff. 5. 2. Postumus *inofficiosum* testamentum *potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri,* si in utero

b. Eine natürliche Anschauung wird ferner in der Ermöglichung der gesetzlichen Erbfolge den Zweck der Klage erblicken. Indem aber das römische Recht bei der Ausbildung der Querel das Merkmal der dem Erben widerfahrenen Kränkung (injuria) betont hat, ist die für die Kränkung zu gewährende Genugthuung mindestens äußerlich zum Zweck des Anspruchs erhoben, die vorhin erwähnte Durchsetzung der gesetzlichen Erbberechtigung ist herabgedrückt zum Mittel, welches zur Erreichung des Zweckes führen soll[4]).

Auch im Rechtsgrunde der Ergänzungsklage tritt die gesetzliche Erbberechtigung auf, und auf der Grundlage von dieser bestimmt sich der Gegenstand des Anspruchs: die Klage findet statt, weil dem Notherben der im Pflichttheil gegebene Bruchtheil des gesetzlichen Erbtheils nicht voll zu Theil geworden ist, und sie geht auf Erfüllung des Pflichttheils[5]).

Von der hiernach aufzustellenden Regel, daß kein Pflichttheilsanspruch ohne nächste gesetzliche Erbberechtigung stattfindet, macht die bei der Querel geltende Succession unter den hinter einander stehenden Notherben eine Ausnahme.

Jener Regel gemäß wird nicht allein im Allgemeinen der Ascendent durch den Descendenten[6]), nach dem Recht des SC. Tertullianum die Mutter durch den Bruder ausgeschlossen[7]), sondern es steht

---

fuerit mortis eorum tempore: sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. — l. 6 § 1 cit. Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur,* de inofficioso egerit — et casu optinuerit, non ei prosit (proficit? Hal.) victoria —. Dazu die Stellen, welche als den geschuldeten Pflichttheil den vierten Theil des gesetzlichen Erbtheils bezeichnen: § 6 J. de inoff. test. 2. 18. l. 8 § 6. 8 D. eod. l. 1 C. Gr. eod. Haen. col. 18. l. 8 pr. C. eod. 3. 28. l. 20 pr. C. de collat. 6. 20. Nov. 1 Kap. 1 § 1.

[4]) Vergl. die Ausführungen im Eingang des § 46 über die Verwendung der Begriffe der Kränkung und der Genugthuung zur Begründung der Klage. — Wegen des meist mit der Querel verbundenen Anspruchs auf den gesetzlichen Erbtheil: l. 8 § 8. l. 17 pr. l. 19. l. 27 § 3 D. de inoff. 5. 2.

[5]) § 3 J. de inoff. 2. 18. — sin vero quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, — id quod eis deest usque ad quartam legitimae partis repletur. — Justin. l. 31 C. eod.: — quod deest legitimae portioni, id est quartae parti ab intestato successionis, — repleatur —.

[6]) Papin. l. 14 D. eod.: — in quaestione de inofficiosi testamenti *praecedente* causa filiorum patris intentio adhuc pendet —.

[7]) Constantin. l. 2 C. Th. eod. 2. 19: — ut testamento remoto matri

auch dem nächsten Ascendenten der wenngleich nicht zu den Notherben zählende minus plene Adoptirte, nach Novellenrecht dem Halbbruder von der Vaterseite der von einem verstorbenen vollbürtigen Bruder hinterlassene Sohn, der doch abermals nicht Notherbe ist, im Wege.

Der Satz, daß die Pflichttheilsberechtigung durch gesetzliche Erbberechtigung bedingt ist, findet sich schon in den Basilikenscholien[8]); heutzutage wird er allgemein anerkannt[9]). Durch das patronatische Pflichttheilsrecht wird er bestätigt. Wie der Patron durch die naturales liberi des Freigelassenen von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen wird, so fällt seine Pflichttheilsberechtigung weg, wenn einer dieser Descendenten zu Erbfolge gelangt[10]). Wie umgekehrt das Edict dem Patron zur Erweiterung seiner gesetzlichen Erbberechtigung eine bon. poss. dimidiae partis gegenüber den sui non naturales ertheilt, so vertreten, wie bemerkt, der patronatischen bon. poss. contra tabulas nur die *naturales* liberi des Freigelassenen den Weg. (Vergl. die Stellen der Anm. 10). Die Bestimmung der lex Papia Poppaea, daß ein Freigelassener, welcher mindestens 100,000 Sestertien im Vermögen hat, dem Patron selbst dann einen Kopftheil hinterlassen muß, wenn bei seinem Tode weniger als drei Kinder vorhanden sind, gilt gleichmäßig für die gesetzliche wie für die Pflichttheilsberechtigung[11]). Diese steht zu dem Patron, der Patronin und deren Kindern; unter ihnen entscheidet, wie nach gesetzlichem Erbrecht, unbedingt Gradesnähe[12]). Endlich treffen auch Justinian's Reformen der Erbfolge in das Vermögen Freigelassener (l. 4 C. de bon. libert. 6. 4 verglichen mit § 3 J. de success. libert. 3. 7) in gleicher Weise das gesetzliche wie das Notherbenrecht[13]). — In der

---

successio deferatur, *si tamen defuncto consanguinei adgnati non sunt superstites* —.

[8]) Bas. **39**. 1. 6. schol. 1.

[9]) Vergl. Glück VII S. 3 f. 18 f. 370 f. Francke S. 174 f. 202. Mühlenbruch **35** S. 140—145. Arndts S. 603 Num. 2. Brinz Abth. II S. 790. 839. Vangerow II § 474 Anm. 2. Windscheid III § 579 a. E.

[10]) Gaj. III. 41. Ulp. **29**. 1.

[11]) Gaj. III. 42. § 2 J. de succ. libert. 3. 7.

[12]) Ulp. **27**. 2. 3. l. 2 § 2. l. 5. l. 23 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. (Justinianisches Recht: § 3 J. de success. libert. 3. 7. l. 4 § 14. 19 C. de bon. libert. 6. 4).

[13]) Vergl. Schmidt, Pflichttheilsrecht S. 28—31 und zu dem Voraufgehenden dens. S. 7. 13 f. unter d. S. 15 f.; S. 2. 35. 37.

nämlichen Weise erweist sich die Pflichttheilsberechtigung des parens manumissor von der gesetzlichen Erbberechtigung desselben abhängig. In dieser Hinsicht darf ich auf die Ausführungen im § 32 unter III. B. Bezug nehmen[14]).

III. Wenn nach den Ausführungen unter II die Pflichttheilsberechtigung durch die gesetzliche Erbberechtigung bedingt erscheint, so darf doch nicht aus dem Vorhandensein der Letzteren auf Pflichttheilsberechtigung geschlossen werden[15]). Der Entwicklungsgang des materiellen Notherbenrechts ist großentheils ein selbständiger gewesen. Bei diesem begegnen die drei großen Classen der Descendenten, Ascendenten und Geschwister schon in der classischen Zeit, — einer Zeit, wo die Personen der zwei letzten Classen im civilen wie prätorischen Intestaterbrecht noch ungesondert neben einander und neben entfernteren Seitenverwandten stehen. Alle drei Classen aber betonen in ausgedehntestem Maße das Princip der Blutsverwandtschaft[16]), zumal wenn unsre Vermuthung Recht hat (S. 261 f.), daß ursprünglich alle cognatischen Geschwister pflichttheilsberechtigt waren. — Hiernach kann es nicht befremden, wenn sich schon aus der Zeit der römischen Juristen Beispiele aufweisen lassen, bei welchen zwei mit einander verglichene Personen im gesetzlichen Erbrecht anders zu einander stehen, als im Pflichttheilsrecht. So stand die Mutter auch nach dem SC. Tertullianum, der Vater wenigstens dann, wenn er sich blos auf die B. P. Unde cognati berufen konnte, bei der gesetzlichen Erbfolge hinter den agnatischen Geschwistern: dennoch hatten die beiden Eltern unbedingt, die Geschwister blos unter der Voraussetzung Pflichttheilsberechtigung, daß ihnen eine verächtliche Person vorgezogen war[17]). Fälle aus dem neuesten Recht, in welchem eine Person ohne materielle Notherbenberechtigung in der gesetzlichen Erbfolge vor einem Notherben steht, sind im Text unter II hinter Anm.

---

[14]) Vergl. Schmidt S. 153—170.

[15]) Davon Glück S. 8 ff. Francke S. 175—177. Mühlenbruch S. 145 f.

[16]) Es braucht nur wiederholt zu werden, daß unter den pflichttheilsberechtigten Descendenten nicht allein die liberi aus dem System der bonor. possessio begriffen sind, — Personen, bei welchen zum Mindesten das Merkmal der fingirten Suität vorliegen mußte, — sondern neben Solchen auch die Nachkommen, welche sich nur auf Abstammung von Frauen oder durch Frauen berufen konnten, sowie nach unsrer Annahme die in der Adoptivfamilie stehenden Descendenten.

[17]) Darauf und auf ähnliche Vorkommnisse macht aufmerksam Francke S. 176 f.

7 (S. 267) besprochen. Bestimmt dagegen darf der Satz aufgestellt werden, daß das Rangverhältniß unter den pflichttheilsberechtigten Personen sich nach deren Stellung in der gesetzlichen Erbfolge regelt. Das Gegentheil ist vielfach und noch in unsrer Zeit bezüglich der Geschwister behauptet, indem man diese erst hinter den Ascendenten hat zulassen wollen[18]). Indessen fehlt es einer solchen Annahme an einem stichhaltigen Grunde. Daß der Anspruch der Geschwister an eine bestimmte gesetzliche Voraussetzung geknüpft ist, — die Einsetzung eines bescholtenen Erben, — fällt nicht in's Gewicht: trifft die Voraussetzung nach Inhalt des Testaments zu, so ist eben die Pflichttheilsberechtigung begründet. Und sobald diese vorliegt, müssen die Geschwister in dem ihnen nach gesetzlichem Erbrecht gebührenden Range zur Querel gelangen: denn diese will die gesetzliche Erbfolge herbeiführen. In der That zeigt l. 2 C. Th. de inoff. test. 2. 19, daß das römische Recht diesen Satz consequent durchgeführt hat: wo die Geschwister in der gesetzlichen Erbfolge vor einem Ascendenten standen, schlossen sie diesen von der Querel aus[19]). — Die vorgetragenen Sätze entsprechen der herrschenden Ansicht[20]).

Viel Gewinnendes hat es, wenn gesagt wird, nach neuestem Recht könne es nicht zu einer Querel der Geschwister kommen, sobald neben diesen Ascendenten verletzt seien und Letztere auf Grund der Nov. 115 die Erbeseinsetzung vernichten[21]). In Folge dieser Rescission gelangen ja ohne Zweifel auch die Geschwister zur gesetzlichen Erbfolge; soweit aber ein solcher Weg offen steht, kann die Querel ihrer subsidiären Natur wegen nicht zur Hand genommen werden. Nur möchte ich eine Einschränkung jener Annahme empfehlen. Auf Grund der Nov. 115 erlangt der Notherbe blos die Beseitigung der Erbeseinsetzung, sonstige Nebenverfügungen, wenn sie auch wie die

---

[18]) So zuletzt Glück VII S. 10. 11 f. S. 377. Bluntschli S. 260 f. Puchta, Pand. § 488 Anm. g.

[19]) Vergl. wegen der l. 2 C. Th. cit. den § 34 Anm. 20 und den Text dazu. — Nicht entgegen steht l. 14 D. h. t.: vergl. zu der Stelle Francke S. 204 f. Mühlenbruch S. 235 f.

[20]) Francke S. 203—206. Mühlenbruch S. 232—236. Arndts S. 639 unter 6. Vangerow § 474 Anm. 2 unter 2. Windscheid § 579 Anm. 8. Köppen, Grundriß S. 49 unter 3.

[21]) So Bluntschli S. 260. Arndts a. a. O. — (Die Beantwortung dieser Frage muß wegen des Zusammenhangs derselben mit der vorigen schon hier erfolgen.)

Vermächtnisse dem Notherben lästig sind, bleiben bestehen. Bei der Querel dagegen werden auch diese hinfällig. Nun ist nicht zu erkennen, warum die vom Erblasser übergangenen Geschwister dieses Anrechts, auf Höhe ihrer gesetzlichen Erbtheile in Ansehung der Vermächtnisse entlastet zu werden, lediglich wegen der Concurrenz anderer Notherben verlustig gehen sollten. Man muß daher beim Vorhandensein solcher lästiger Verfügungen an erster Stelle die Querel der Geschwister gegen den Testamentserben für zulässig erklären: ihre subsidiäre Natur steht nicht im Wege, da sie mehr gewährt, als die bloße Theilnahme an den Vortheilen der von den Ascendenten ausgehenden Rescission der Erbeseinsetzungen. Indessen würden die Testamentserben, die doch die Hinfälligkeit ihrer Einsetzungen in Folge Vorgehens der Ascendenten zu erwarten haben, schwerlich den Streit über die Querel der Geschwister aufnehmen, ein Contumacialbescheid aber wäre den Vermächtnißnehmern gegenüber unwirksam. Daher muß den Geschwistern auch gestattet sein, falls sie auf jenem Wege ein die Vermächtnißnehmer bindendes Erkenntniß nicht erlangen, die Frage der Lieblosigkeit des letzten Willens gegenüber den Vermächtnißnehmern selbst — durch Gegenangriff, im Nothfall durch selbständige Klage — zum Austrag zu bringen. Daß dies der Natur der Querel entspricht, hoffe ich im § 48 zu zeigen.

IV. Festzustellen ist hierbei noch, nach welchem Zeitpunkt es sich entscheidet, wer im einzelnen Fall vermöge ihm zukommender nächster gesetzlicher Erbberechtigung als pflichttheilsberechtigt zu gelten hat. Gemeinhin bleibt diese Frage unberücksichtigt.[22]). Mühlenbruch bemerkt[23]) — im Gegensatz zu dem Satze, daß bei Lebzeiten des Erblassers von einer Erbberechtigung nicht zu reden ist —, es entscheide darüber, wer Intestat- und Notherbe sei, stets die Zeit des Anfalls der Erbschaft. Verwiesen wird auf den § 6 J. de

[22]) So findet sich bei Francke nun folgende etwa hieher zu beziehende Bemerkung (S. 202): unter denen, welche wirklich Pflichttheilsberechtigung haben, seien die Regeln der Intestaterbfolge entscheidend; Niemand habe Pflichttheilsrecht, welcher nicht im einzelnen Fall zur Erbfolge gesetzlich berufen sei. Soll diese zunächst auf die Ordnung der Notherben bezügliche Bemerkung zugleich den für die Bestimmung des Berechtigten maßgebenden Zeitpunkt bezeichnen, so wäre darin der im Text besprochene Gedanke von Mühlenbruch zu finden. Aehnlich wie Francke spricht sich Arndts aus, S. 638 zu Anf. von 6.

[23]) Fortſ. 35 S. 228.

legit. agnat. succ. 3. 2, wo sich nur der bekannte Satz der gesetzlichen Erbfolge findet: wer nächster Agnat ist, bestimmt sich beim Nichtvorhandensein eines Testaments nach dem Augenblick des Todes des Erblassers, — bei vorliegendem Testament nach dem Zeitpunkt, in welchem dieses destitut wird [24]). Hätte man von diesem Grundsatz in unserm Falle Gebrauch zu machen, so müßte wohl für die Bestimmung des Pflichttheilsberechtigten der Zeitpunkt maßgebend sein, in welchem durch richterliches Erkenntniß das einstweilen in Geltung stehende Testament rescindirt wird; erst dann kann doch von einer Delation der gesetzlichen Erbfolge gesprochen werden. Allein eine solche Annahme ist schlechthin unzulässig, unbedingt muß doch schon im Augenblick der Erhebung der Querel die Person des (klagenden) Pflichttheilsberechtigten gegeben sein. — Jener Satz, daß die Delation der gesetzlichen Erbfolge durch die Querel vermittelt wird, ist im § 52 unter I auszuführen.

Die richtige Ansicht bezüglich unserer Frage hat Ad. Schmidt ausgesprochen [25]): nach ihm entscheidet hier wie bei der bon. poss. contra tabulas des Patrons für die Bestimmung der Person des Pflichttheilsberechtigten der Zeitpunkt des Todes des Erblassers. Schmidt hat einen Beweis für die Querel nicht unternommen: mir stehen die nachfolgenden Beweismittel zu Gebote. Vor Allem die l. 34 C. de inoff. test. 3. 28 von Justinian. Hier heißt es im Eingang: stirbt ein enterbter Sohn mit Hinterlassung eines Kindes während der Zeit, wo der vom Vater eingesetzte Erbe deliberirt, hat auch der Sohn keine Entscheidung wegen der Erhebung der Querel getroffen und diese nicht präparirt, so gewährt das seitherige Recht dem Kinde keine Hülfe. „Denn der Vater hat demselben, da er verstorben, „keinerlei Berechtigung gegenüber dem (großväterlichen) Testament „übrig gelassen: einmal ist demnächst“ — so setzt der Kaiser voraus — „die Antretung der Erbschaft durch den eingesetzten Erben erfolgt“

---

[24]) Vergl. § 1 J. eod. Gaj. III. 13. l. 2 § 5. 6 D. de suis 38. 16; § 7 J. de hered. quae ab intest. 3. 1 Paul. IV. 8. 11. Paul. l. 9 § 2 D. de lib. 28. 2: — quoniam haec verba „si intestato moritur“ ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur.

[25]) Pflichtth.-R. S. 37. Vielleicht ist es schon ein Anklang an jene Ansicht, wenn Glück (VII S. 67 f.) mit Bezug auf die Größe des Pflichttheils bemerkt, für deren Ermittlung habe die Zeit des Todes des Erblassers auch insofern die Richtschnur abzugeben, als die Zahl der Personen in Frage komme, nach welcher sich jene Größe bestimme.

(so daß der Enkel nicht etwa als gesetzlicher Erbe antreten kann), „zum Andern hat der Vater den Großvater überlebt, „so daß das Kind auch nicht auf Grund der lex Velleja in die Stelle „des Vaters" (durch Quasiagnation) „einrücken und damit das Testa„ment vernichten kann [26])." An diese Einleitung knüpft dann der Kaiser die Verordnung, daß pflichttheilsberechtigte Descendenten unter gewissen Einschränkungen die Querel ohne alle Vorbereitung auf ihre Kinder transmittiren sollen [27]).

Augenscheinlich wird hier, mögen immer die Worte: „et supervixit avo pater ejus" auf das formelle Notherbenrecht gehen, die Querel dem Enkel darum abgesprochen, weil dessen Vater den Erblasser überlebt hat. Nur der Vater (der Sohn des Testator) hatte die Klage; da nun dieser in der Zeit zwischen dem Ableben des Erblassers und dem Erbschaftserwerb des Testamentserben verstorben ist, so muß nothwendig der erste dieser beiden Zeitpunkte dafür maßgebend sein, wer im einzelnen Fall pflichttheilsberechtigt ist.

Zur Bestätigung dient l. 10 pr. C. de adopt. 8. 48. Justinian hat dargestellt, wie unter den classischen Juristen eine Meinungsverschiedenheit darüber bestand, ob der in der Adoptivfamilie stehende Sohn dem leiblichen Vater gegenüber Pflichttheilsberechtigung habe; daran knüpft er die Bemerkung:

— et iterum aliud vitium erat exortum: si enim *post patris naturalis obitum* pater adoptivus per emancipationis modum jura adoptionis dissolvisset, nulla spes ei (sc. filio) remanebat *neque contra patris naturalis voluntatem, quia mortis ejus tempore*

[26]) Mit den im Text hervorgehobenen Worten glaube ich den folgenden ungeschickten Satz der l. 34 C. cit. richtig wiederzugeben: — nec enim pater nepoti aliquod jus, cum decesserit, contra patris sui testamentum dereliquit, quia postea et adita est ab extraneo hereditas, et supervixit avo pater ejus, ut neque ex lege Velleja possit in locum patris sui succedere et rescindere testamentum. — Unrichtig erklärt *Accursius*, glo. dereliquit, die Worte „quia postea et adita est ab extraneo hereditas" dahin: der Sohn habe, da er vor dem Antritt des eingesetzten Erben verstorben, die Querel nicht präpariren und so seinem Kinde kein Querelrecht hinterlassen können. Dafür soll l. 36 § 2 C. eod. beweisen, die doch grade das Gegentheil ausspricht.

[27]) Von dieser Bestimmung spreche ich im § 56 unter II; von der Frage, wie es kommt, daß das Gesetz eine successio in querellam nicht annimmt, ist im § 52 unter II bei Anm. 28 zu reden.

in aliena fuerat familia constitutus, neque contra adoptivum patrem. —

Man sieht, ausgegangen wird davon, daß über die Zuständigkeit der Querel — von dieser ist unmittelbar zuvor gesprochen — der Zeitpunkt des Todes des Erblassers entscheidet. Auch l. 2 C. Th. de inoff. test. 2, 19 wird als Beweismittel benutzt werden dürfen. Die Mutter soll, wenn nicht ein gerechter Grund ihrer Ausschließung ermittelt wird, das Testament des Sohnes mit der Querel umstürzen dürfen, si tamen defuncto consanguinei agnati non sunt *superstites*. Indem hervorgehoben wird, es sei vorausgesetzt, daß nicht agnatische Brüder den Erblasser überlebt haben, wird auf die Zeit des Todes des Letzteren als den für die Feststellung der querelberechtigten Personen maßgebenden Zeitpunkt hingewiesen.

Die Beweise, welche hiernach die Quellen bei der Querel selbst an die Hand geben, werden verstärkt durch das Recht der bon. poss. contra tabulas des Patrons. Man hat Schmidt[28]) darin beizustimmen, daß nach patronatischem Pflichttheilsrecht die Frage der nächsten Berechtigung sich nach dem Augenblick des Todes des Freigelassenen entschied. Zwar die l. 2 § 1. D. de bon. libert. 38. 2 für sich allein würde dafür wenig beweisen, aber der Satz findet seine volle Bestätigung durch l. 5 pr. l. 16 § 11. D. eod.[29]).

Die Bedeutung des jetzt entwickelten Satzes ist die, daß durch denselben die vom objektiven Recht an den Erblasser gerichtete Anfor-

---

[28]) A. a. O. S. 37 f.

[29]) Die l. 2 § 1 cit. von Pomponius sagt: Sed si patronus *heres institutus* vivo liberto decessisset superstitibus liberis, quaesitum est, an illi contra tabulas testamenti bonorum possessionem petere possint: et eo decursum est, *ut mortis tempus, quo defertur bonorum possessio,* spectari debeat, an patronus non sit, ut, si sit, ex prima parte edicti liberi ejus bonorum possessionem petere non possint. Freilich bestätigt dieser Ausspruch den Satz des Textes, aber er verlegt gleichzeitig die Delation der bonor. possessio auf denselben Zeitpunkt, und man wird dabei nach dem ganzen Zusammenhange wenn nicht ausschließlich, so doch zugleich an die den Kindern des Patrons zukommende bon. poss. *contra tabulas* denken müssen. Ist dies richtig, so steht Pomponius im Widerspruch mit der sonstigen Lehre der Quellen, nach welcher diese bon. possessio erst mit der Antretung der Testamentserben deferirt wird. (Vergl. namentlich l. 3 § 5. 12. l. 36. l. 42 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. Nach Ulp. l. 3 § 12 cit.: — et *magis* est, ut aditae hereditatis tempus spectetur — scheint auch der Satz nicht allezeit außer Streit gewesen zu sein.) Unter solchen Umständen würde bei unsrer Frage auf den vorliegenden Ausspruch allein kein Gewicht gelegt werden können.

derung einer Berücksichtigung seiner Notherben genau bestimmt wird. Der Erblasser thut dem Pflichttheilsrecht Genüge, wenn er diejenigen seiner Blutsverwandten im Testament bedenkt, welche zur Zeit seines Todes die nächste materielle Notherbenberechtigung haben. Aber es ist dazu das dem Wesen des Pflichttheilsrechts entsprechende Bedenken nöthig: die bloße, wenngleich gerechtfertigte Ausschließung der nächsten Notherben befreit den Erblasser nicht von der Nothwendigkeit, die hinter diesen stehenden Pflichttheilsberechtigten zu bedenken, da diese nun gemäß den Grundsätzen von der Succession bei der Querel den Pflichttheil zu verlangen haben[30]). Den Beweis liefert das patronatische Pflichttheilsrecht[31]).

Durch den jetzt dargestellten Grundsatz wird die Frage angeregt, ob sich dem Notherben mit dem für seine Berechtigung maßgebenden Zeitpunkt des Todes des Erblassers die Möglichkeit darbietet, seine Pflichttheilsberechtigung geltend zu machen, damit insbesondere den ihr entsprechenden Erwerb der Erbschaft seinen Erben zu sichern. Von dieser Frage handle ich theils in Anknüpfung an das Verhältniß der Querel zur Delation und zum Erwerb der Erbschaft (§ 52), theils bei der Darstellung der Mittel, den an sich mit dem Tode des Notherben eintretenden Untergang der Querel zu verhüten. (§ 56 unter II).

Zweiter Theil: Ungerechtfertigte Ausschließung vom Pflichttheil.

§ 37.

A. Begriff und Umfang des Pflichttheils*).

Für die dem Erblasser durch das materielle Notherbenrecht auferlegte Verpflichtung, seine im gegebenen Fall pflichttheilsberechtigten Verwandten letztwillig zu bedenken, besteht ein bestimmtes, vom Recht

[30]) Davon ist im § 53 unter II zu handeln.

[31]) l. 2 § 1 D. de bon. libert. 38. 2 (in Anm. 29). Arg. Gaj. l. 5 pr. eod. Libertinus, qui patronum patronique liberos habet, si patronum ex parte debita heredem instituit, liberos ejus in eandem portionem substituere debet, ut, licet patronus *vivo liberto* mortuus fuerit, satisfactum videatur liberis ejus.

*) Francke S. 206—226. Mühlenbruch 35 S. 236—270. Arndts II S. 604—609. Num. 5—8. Vangerow II § 475. Windscheid III § 580.

geordnetes Maß: dieses zeigt der Pflichttheil an[1]). Letzterer ist der Theil des Vermögens, welchen der Erblasser dem Notherben zuwenden muß, um dem materiellen Notherberecht zu genügen, — gleichviel ob er es durch Erbeseinsetzung thut, oder durch Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall oder in sonst zulässiger Weise[2]). Die Bezeichnung des Pflichttheils wird von den römischen Juristen wie in den Kaiserconstitutionen mit Vorliebe von dem Umstande hergenommen, daß derselbe den vierten Theil des gesetzlichen Erbtheils bildet: er heißt quarta[3]), quarta portio oder pars[4]), quarta debitae (debitae ab intestato) portionis[5]), quarta legitimae partis[6]), quartae portionis portio[7]), quarta bonorum pars[8]), quarta pars (portio) ab intestato successionis[9]), legitima[10]), legitima portio oder pars[11]), debitum bonorum subsidium[12]), auch Falcidia[13]). Das erwähnte Maß des vierten Theils des gesetzlichen Erbtheils lehnt sich ohne Zweifel an das Falcidische Gesetz an: die von diesem dem Erblasser allen Notherben gegenüber in Ansehung von drei Viertheilen des Vermögens gewährte Legirfreiheit mußte von selbst dahin führen, daß man dem

[1]) Begriffsbestimmungen bei Glück VII S. 20. Marezoll in Linde's Zeitschr. I S. 190 f. und übereinstimmend Mühlenbruch 35 S. 112. Brinz Abth. II § 202 im Eing.

[2]) l. 8 § 6. 8. l. 25 pr. D. inoff. 5. 2. § 6 J. eod. 2. 18. l. 35 § 2 C. eod. 3. 28.

[3]) l. 8 § 9. l. 25 pr. D. h. t. 5. 2. Paul. IV. 5. 7. l. 1 C. Greg. h. t. (Haen. c. 14). l. 35 § 2 C. h. t. 3. 28. l. 8 pr. C. de inoff. donat. 3. 29.

[4]) Paul. IV. 5. 7. l. 29. l. 34. l. 36 § 1 C. h. t. 3. 28. l. 1 C. de inoff. donat. 3. 29.

[5]) l. 8 § 8 D. h. t. l. 2 C. de inoff. donat. 3. 29.

[6]) § 3 J. h. t. 2. 18.

[7]) Paul. IV. 5. 6. — Vergl. damit die Benennungen des Pflichttheils eines Theilerben in Vat. fragm. 280. l. 7 C. de inoff. donat. 3. 29. l. 2 C. Greg. h. t. (Haen. c. 14 f.).

[8]) l. 6 C. h. t. 3. 28.

[9]) l. 31 C. eod. l. 20 pr. C. de collat. 6. 20. — Weitläufigere, an die quarta anknüpfende Umschreibungen in l. 8 § 6 D. h. t. l. 8 pr. C. h. t. l. 4 C. Th. h. t. 2. 19. l. 1 C. Greg. eod.

[10]) l. 33 C. h. t.

[11]) l. 30 pr. § 2. l. 31. 32. 34. l. 35 § 2. l. 36 pr. § 1 C. h. t.

[12]) l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29.

[13]) l. 31 C. h. t. l. 21 C. fam. erc. 3. 36. l. 5 § 3 C. ad leg. Jul. majest. 9. 8. Weiteres über diese Bezeichnung bei Bluntschli S. 163. — Wegen der Ausdrücke beim Pflichttheilsrecht des Patrons Schmidt, Pfl.-Th.-R. S. 63 f.

Notherben nicht mehr als ein Viertel des gesetzlichen Erbtheils als Pflichttheil zugestand.

Justinian sieht in dieser Grenze des Pflichttheils eine unbillige Härte gegen den Notherben, er schreitet daher zu dessen Erhöhung. Nach nov. 18 praef. c. 1. 2 sollen Eltern ihren Kindern, wenn deren Zahl nicht über vier beträgt, mindestens den dritten Theil, — sind die Kinder mehr als vier, mindestens die Hälfte ihres Vermögens hinterlassen. Das Gesetz hat durch seine Fassung mehrfach zu Streit Anlaß gegeben. Zunächst ist man nicht einig darüber, ob die Erhöhung nur für Descendenten gilt, oder nur für Descendenten und Ascendenten, oder endlich für alle Pflichttheilsberechtigten. Die zweite, jedenfalls schlechteste Ansicht hat heutzutage keinen Vertreter[14]): wir dürfen uns ihr gegenüber mit dem begnügen, was wir zur Rechtfertigung der dritten und zur Widerlegung der mit tüchtigen Waffen durch Marezoll vertheidigten[15]) ersten Meinung zu bemerken haben. Für die von uns befürwortete, übrigens weitaus herrschende Auffassung[16]) sprechen vor Allem die folgenden Worte, mit welchen das Kap. I der Novelle die soeben bezeichnete Anordnung über den Pflichttheil von Descendenten abschließt:

— Hoc observando *in omnibus personis*, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.

Diese völlig klare Aeußerung läßt sich nur im Sinne einer Ausdehnung der Erhöhung auf alle Notherben verstehen: eine Beziehung auf die Descendenten im Allgemeinen im Gegensatz der vorher genannten Kinder[17]) erscheint als unhaltbare Restriction. Ueberdies zeugt für die Absicht Justinian's, eine Anordnung jenes weiten Inhalts zu treffen, eine Bemerkung in nov. 89 c. 12 § 3. Der Kaiser regelt dort die Frage einer letztwilligen Bedenkung der im Concubinat erzeugten Kinder durch den natürlichen Vater. Für den Fall, wo dieser keine rechtmäßigen Descendenten, wohl aber Ascendenten hinterläßt, soll ihm zwar im Allgemeinen gestattet sein, den

---

14) Vergl. wegen derselben Glück VII S. 28.

15) Marezoll, Zeitschr. f. Civ.-R. und Proc. I S. 257 ff. V S. 178 ff. — Frühere Vertreter der Ansicht bei Glück S. 27 Anm. 99.

16) Dafür Glück VII S. 27—29. Bluntschli S. 171 f. Mühlenbruch 35 S. 238—256. Francke S. 207—211. Arndts II S. 605 Anm. 5. S. 638 Anm. 5. Vangerow § 475 Anm. 1 unter 1. Brinz II S. 847. Windscheid § 580 Anm. 2. — Vergl. auch unten Anm. 23.

17) So Marezoll in den angef. Abhandlungen.

unehelichen Kindern das Vermögen zuzuwenden, indessen wird zu Gunsten der Ascendenten der Vorbehalt gemacht:

— legitimam eis relinqua(n)t partem, *quam lex et nos constituimus*.

Offensichtlich ist hier von der Zuwendung eines bestimmten Theils des Vermögens die Rede: darum kann mit dem, was der Kaiser über die von ihm ausgegangene Feststellung dieses Theils sagt, unmöglich die durch l. 30 C. de inoff. test. 3. 28 eingeführte Ergänzungsklage oder die angeordnete Beseitigung von Bedingungen, Befristungen oder Beschränkungen[18]) gemeint sein; es läßt sich nur an die Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18 Kap. I denken. Und wenn Nov. 89 in Nov. 18 eine Steigerung des Pflichttheils der Ascendenten ausgesprochen findet, so kann sie dabei nur die oben abgedruckten, von allen und jeden Pflichttheilsberechtigten redenden Schlußworte des Kap. I jenes Gesetzes im Sinne haben. Die entwickelte Auslegung der Nov. 89 findet sich, wie unten noch zu besprechen ist, schon bei einem Juristen des 6. Jahrhunderts, dem Athanasius.

Gegenüber diesen Beweisen erscheint es unbedenklich als bloße Lässigkeit des Ausdrucks, wenn Nov. 18 Kap. II bei der Bemerkung, daß abgesehen von der Steigerung des Pflichttheils die gesetzlichen Vorschriften über pflichtwidrige Testamente unverändert bleiben, nur des gegen Descendenten zu erhebenden Vorwurfs der Undankbarkeit gedenkt, nicht aber der Ausschließungsgründe, welche in der Person andrer Notherben vorliegen können. Nicht minder machen wir von dieser Auslegung bei Nov. 66 Gebrauch, mag es gleich auffallen, daß hier fort und fort die Vorschrift der Nov. 18 lediglich auf die Feststellung des Pflichttheils der Kinder bezogen wird[19]).

Uebrigens stehen bei dieser Controverse beiden streitenden Theilen erhebliche Beweisgründe in Aeußerungen byzantinischer Rechtslehrer zur Seite. Marezoll's Auffassung liegt in klaren Worten vor in Ju-

---

[18]) l. 32. l. 36 pr. § 1 C. de inoff. test. 3. 28. Nov. 18 c. 3. Durch die im Text zurückgewiesene Deutung, verbunden mit der Bezugnahme auf l. 36 § 1 in f. C. de inoff. test. 3. 28, meint Marezoll (I S. 278—281) die Beweiskraft der nov. 89 c. 12 beseitigen zu können.

[19]) So nov. 66 praef. c. 1 § 1. 2. 3. 4. 5. Marezoll hat auf dieses Gesetz namentlich im zweiten Aufsatz (V S. 184—187) Gewicht gelegt. Vergl. dann über dasselbe G. E. Heimbach, Zeitschr. f. Civ.-R. und Proc. XIII S. 114 f.

lian's Novellenauszug[20]). Ohne Zweifel hat diese nach 556 n. Chr. verfaßte Arbeit eines Zeitgenossen Justinian's erhebliches Gewicht; allein immer bietet uns doch der griechische Rechtslehrer nur die eigne Ansicht über den Sinn des Gesetzes, und zudem wird diese voll aufgewogen durch zwei entgegenstehende Aussprüche. In Bas. 41. 4 (= nov. 1 c. 1) schol. 4 heißt es, der Pflichttheil sei bei Ascendenten und Descendenten erhöht durch Nov. 18 Kap. 1; sodann folgt der Zusatz: ὁμοίως καὶ ἐπὶ ἀδελφῶν. — Den gleichen Satz entwikkelt, wenn auch dem Ausdruck nach nur für Ascendenten, Athanasius Scholiasticus, der unter Justin II. lebte, somit der Zeit nach bis dicht an Justinian hinaufreichte[21]), in seinem theilweise erhaltenen Novellenauszuge[22]). Wegen des Beweises wird unter Andern, wenn auch nicht in völlig zuversichtlichem Tone, auf die oben benutzte Nov. 89 verwiesen. — Hiernach ist allermindestens zu sagen, daß das aus den Aeußerungen der Novellen Justinians zu gewinnende, unsrer Ansicht günstige Ergebniß durch die Vergleichung der Arbeiten griechischer Gelehrter nicht geschwächt wird[23]).

Nur kurz zu erwähnen ist eine andere, auf die Art der Ermittlung des Pflichttheils bezügliche Streitfrage: in Wirklichkeit besteht hier heutzutage nach den in der Wissenschaft vorliegenden Aeußerungen (vergl. Anm. 26) kein Streit mehr. Das ältere Recht ermittelt ohne Zweifel den Pflichttheil für jeden Erben gesondert: derselbe ist ein Viertel des grade diesem Erben zukommenden gesetzlichen Erbtheils[24]). Die Nov. 18 Kap. I dagegen verordnet äußerlich dies: den Kindern muß nicht bloß ein Viertel, sondern der dritte Theil — beim Vorhandensein von mehr als vier Kindern die Hälfte — des Vermögens hinterlassen werden. Ist damit im Gegensatz zu jenem früheren Verfahren eine einheitliche Quote

---

[20]) Juliani epit. const. 34 cap. 114 bei Haenel S. 53. — Vergl. Marezoll, Zeitschr. I S. 258—262.

[21]) Vergl. Rudorff, Rechtsgeschichte II S. 323. 389.

[22]) *G. E. Heimbach*, anecdota I (1838) p. 98—100.

[23]) Vom Standpunkt der griechischen Quellen ist die herrschende Ansicht näher ausgeführt durch G. E. Heimbach, Zeitschr. f. Civ.-R. und Proc. XIII S. 400—413. — Für das Pflichttheilsrecht der Ascendenten ist die herrschende Lehre — mit dem Zeugniß, daß auch die Praxis für sie streite, — zur Anwendung gebracht im Erk. des A.-G. Celle vom 6. Januar 1871 bei Seuffert, Arch. 25. 143.

[24]) Die Beweisstellen finden sich im § 36 Anm. 3 a. E.

für die Gesammtheit der Notherben ausgewiesen[25])? Die Verneinung ergibt sich mit Bestimmtheit daraus, daß als einziger Zweck der Novelle die quantitative Verbesserung des Pflichttheils bezeichnet (nov. 18 praef. verbunden mit c. 2. nov. 39 c. 1), im Uebrigen das Recht der Querel einfach bestätigt wird: Nov. 18 Kap. II. Ferner behandelt Justinian in einem der Nov. 18 nachfolgenden Gesetz, Nov. 22 Kap. 48, den Pflichttheil noch immer als eine ab intestato pars — filiis relinquenda, während er schon in den Institutionen für die damals unzweifelhaft bestehende distributive Rechnungsweise dieselben Ausdrücke verwendet, deren er sich nach dem vorhin Bemerkten in Nov. 18 Kap. I bedient[26]). Leicht zu erkennen ist auch, daß die von der heutigen Lehre abgelehnte Rechnungsweise unter Umständen dem Berechtigten einen Pflichttheil zuführen würde, der dessen gesetzlichen Erbtheil noch überstiege: so dem Ascendenten, der sich gleich drei Geschwistern des Erblassers zu Gunsten eines unbescholtenen Testamentserben zurückgesetzt sieht.

Bevor ich für eine Reihe einzelner Fälle die Anwendung der bisher gewonnenen Grundsätze über die Bestimmung des Pflichttheils erörtere, erinnere ich mit zwei Worten an das abweichende Recht des patronatischen Pflichttheils. Bei Letzterem — und Gleiches ist vom Pflichttheil des parens manumissor zu sagen — fehlt der variable, vom gesetzlichen Erbtheil des jedesmaligen Berechtigten abhängige Umfang des Pflichttheils, wie er uns im Obigen entgegentrat: derselbe stellt sich unwandelbar, auch beim Vorhandensein einer Mehrheit von Patronen, als ein fester Vermögenstheil dar[27]).

Jetzt zu den erwähnten einzelnen Fällen: ich theile diese nach den leitenden Gesichtspunkten in drei Gruppen. Bei den drei unter I zu besprechenden Vorkommnissen (Vorhandensein von enterbten Notherben — von gesetzlichen Erben ohne Pflichttheilsberechtigung — von Notherben, die bei Lebzeiten des Erblassers verzichtet haben) handelt es sich um Folgerungen aus dem Satze, daß der Pflichttheil eine

---

[25]) „Collective" — „distributive" Berechnung.

[26]) Nov. 22 Kap. 48. § 7 J. de inoff. 2. 18. — Vergl. Francke S. 211 f., der mit Recht auf die gleiche Rechnungsmethode und die gleich verfängliche Ausdrucksweise bei der Falcidischen Quart verweist, — ferner Vangerow II § 475 Anm. 1 unter 2. Windscheid III § 580 Anm. 3. Bei beiden Letzteren weitere Stimmen aus der heutigen Litteratur; zahlreiche ältere Anhänger derselben Meinung bei Glück VII S. 33 f. Aeltere Vertreter der entgegengesetzten Lehre das. S. 43.

[27]) Vergl. § 32, Text bei Anm. 4. 16. 22.

Quote des gesetzlichen Erbtheils ist; — bei den Fällen unter II (Vorhandensein einer armen Wittwe, eines überlebenden Ehegatten, dem eine statutarische Portion zukommt) ist es die Aufgabe, die wahre Bedeutung jenes Satzes Behufs seiner Anwendung zu ermitteln; — die Entscheidung des Falls unter III (Bestimmung des Pflichttheils der Enkel) hat es lediglich mit der Auslegung der Nov. 18 zu thun.

I. Wenn gefragt wird, wie sich der Pflichttheil eines Notherben bestimmt, neben welchem ein zweiter, enterbter Notherbe steht, so ist abzusehen von Vorgängen, bei welchen zwar die Querel für diesen zweiten Notherben begründet ist, deren Geltendmachung aber zufolge Verzichts, Verjährung oder des Todes des Berechtigten unterbleibt. Hiervon ist bei der Accrescenz in Ansehung der Querel zu handeln.

Das bloße Dasein eines enterbten Mitpflichttheilsberechtigten führt zur Minderung des einem andern gebührenden Pflichttheils, indem der Pflichttheil eine Quote des gesetzlichen Erbtheils ist. Denn kam es zur gesetzlichen Erbfolge, so wurde zu dieser auch der Enterbte gerufen. Aus eben demselben Grunde aber ist die Person des Enterbten auch in Ansatz zu bringen, wenn mit Rücksicht auf Nov. 18 Kap. I gefragt wird, ob der Pflichttheil des Notherben ein Drittel oder die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils darstellt. Denn ist es wahr, was oben bezüglich der Novelle ausgeführt wurde, daß der Pflichttheil auch jetzt noch Theil des dem einzelnen Notherben gebührenden gesetzlichen Erbtheils ist, so kommt eben die einzelne gesetzliche Erbberechtigung vor dem Pflichttheilsrecht nur in ihrer aus der Concurrenz gleichstehender Intestaterben fließenden Beschränktheit in Betracht: darum ist nicht minder bei der Herabsetzung des gesetzlichen Erbtheils auf ein Drittel oder die Hälfte des ursprünglichen Betrags auf die Zahl der sämmtlichen neben einander stehenden gesetzlichen Erben zu sehen. Und zu diesen hat man auch den Enterbten zu zählen.

Ueber die dargestellten Sätze selbst wird heutzutage nicht gestritten [28]). Fraglich ist nur, ob wir für dieselben ein Zeugniß in den Quellen besitzen. Ein solches scheint in der That (selbstredend abgesehen von der zuletzt besprochenen, erst seit der Nov. 18 Kap. I

[28]) Glück VII S. 121—130 (die Namen Aelterer, die das Gegentheil behaupteten, das. S. 122 Anm. 12). Francke S. 212—215. Mühlenbruch S. 258—261. Arndts S. 606. Vangerow II § 475 Anm. 1 unter 3 a. Windscheid III § 580 Anm. 4 a. E.

möglichen Frage) in l. 8 § 8 D. de inoff. 5. 2[29]) vorzuliegen. Indessen ist einer derartigen Auslegung der Stelle nach dem Vorgang einiger weniger Schriftsteller in unsrer Zeit Francke entgegengetreten, und seine Ansicht hat mehrfach Zustimmung gefunden[30]). Nach dieser Meinung will Ulpian nicht angeben, ob bei der Bestimmung des Pflichttheils, sondern ob bei der Feststellung des mit der Querel in Anspruch zu nehmenden Erbtheils auf den Enterbten Rücksicht zu nehmen sei. Ich glaube nicht, daß das richtig ist. Entgegen steht nicht allein der Eingang der l. 8 § 8 cit. und der Zusammenhang der Stelle mit § 6 eod., sondern vor Allem der von den Enkeln handelnde Schlußsatz: hier wie dort ist vom Pflichttheil die Rede. Francke meint zwar, die Frage, ob der Enterbte bei der Berechnung des Pflichttheils eines Andern mitgezählt werde, würde ganz unnütz sein, sie sei schon durch die Anfangsworte der Stelle entschieden: „quoniam — quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querellam." Allein die Frage lautet vollständig:

— videndum erit an exheredatus partem faciat *qui non queritur*, und danach hat sie folgenden Sinn. Da der zweite, exheredirte und überall nicht bedachte Notherbe sein Recht nicht geltend machte, (ohne übrigens auf die Klage zu verzichten,) so machte dessen gleichfalls enterbter Bruder, dem in eigner Person der Pflichttheil zugewendet war[31]), den Versuch, die den beiden Brüdern als Pflichttheil gebührenden Quoten zusammenzurechnen und so für sich einen Grund zur Querel zu gewinnen. Das eben wird als unzulässig bezeichnet. Beruht doch die Erörterung des Paulus in l. 19 D. eod. auf einer ähnlichen Ueberschreitung des eignen gesetzlichen Erbtheils auf Seiten des Klägers, und in unsrer Stelle deutet auf das gleiche Verfahren

---

29) Ich theile den Ausspruch Ulpian's hier in der Anmerkung mit: Quoniam autem *quarta debitae portionis* sufficit ad excludendam querellam, videndum erit an exheredatus partem faciat qui non queritur: utputa sumus duo filii exheredati. et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querella excludit.

30) Vergl. außer Francke (S. 213—215) Mühlenbruch S. 258 f. Anm. 85. Vangerow a. a. O.

31) Auch hier nimmt Francke umgekehrt an, der nicht klagende Bruder sei genügend bedacht gewesen. Aber offenbar zeigen die Anfangsworte „Quoniam — quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querellam", daß der klagende Notherbe zu seinem Theil befriedigt war.

das folgende „et si dicam inofficiosum, *non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere*“ genügend hin [32]).

Nach dieser Auffassung führt in der That die l. 8 § 8 cit. an erster Stelle aus, der Enterbte sei bei Ermittlung des Pflichttheils mitzuzählen: es ist erst eine Folgerung aus jener Aufstellung (*et* si dicam cet.), daß in gleicher Weise bei der Bestimmung des in Verbindung mit der Querel in Anspruch zu nehmenden gesetzlichen Erbtheils zu verfahren sei.

Was von einem neben dem klagenden Notherben stehenden enterbten Pflichttheilsberechtigten gilt, ist ohne Weiteres auf gleichzeitig vorhandene gesetzliche Erben ohne Pflichttheilsberechtigung zu übertragen: so bei vorliegendem notherbrechtlichem Anspruch eines vollbürtigen Bruders des Erblassers auf die Kinder verstorbener vollbürtiger Geschwister. Ebenso gilt unser Satz von Notherben, denen wegen Erbunwürdigkeit die Geltendmachung der Erbberechtigung versagt wird, es müßte denn das diesen Entzogene nach Beschaffenheit des Grundes der Erbunwürdigkeit den Miterben zu gut kommen [33]).

Bei einer letzten verwandten Frage gelangen wir mittelst eben des Princips, welches uns bisher leitete, zur entgegengesetzten Entscheidung. In früherer Zeit sind die mannigfachsten Meinungen darüber geäußert [34]), ob ein Notherbe, welcher noch gegenüber dem Erblasser selbst auf die Erbberechtigung verzichtet hat, bei der Berechnung des Pflichttheils andrer Notherben mitzuzählen ist, und noch in neuerer Zeit ist die bejahende Ansicht nicht ohne Vertreter geblieben [35]). Indessen hat sich die herrschende Lehre mit Recht dafür entschieden, daß von einem solchen Notherben völlig abzusehen ist [36]). Zwar das römische Recht nimmt Ungültigkeit des Verzichts an: es erscheint ihm ungehörig, daß dem künftigen Erben durch Vertrag mit dem lebenden Erblasser wegen der etwaigen späteren Erbfolge die Hände gebunden werden [37]). Allein nach deutschem Recht ist ein gegen

---

[32]) Die hier vertheidigte Auslegung wird ausgeführt in Bas. **39**. l. 8 schol. 16 (Stephanus), sowie bei *Cujac.* rec. sol. in Dig. V. 2 ad h. l. — VII. 181 f. Glück VII S. 422—426.

[33]) Vergl. Mühlenbruch S. 263 ff.

[34]) Angaben darüber bei Glück VII S. 130—137. Francke S. 216 f.

[35]) Zu diesen gehört Glück VII S. 135 f.

[36]) So Francke a. a. O. Mühlenbruch S. 265—270. Beseler, deutsch. Priv.-R. II § 161 unter V. Arndts S. 606 a. E. Sintenis II § 196 Anm. 2. Vangerow II § 475 Anm. 1 unter 3 c. Windscheid III § 580 Anm. 4 a. E.

[37]) l. 16 D. de suis 38. 16. l. 3 C. de collat. 6. 20.

den Erblasser bei dessen Lebzeiten ausgesprochener Erbverzicht wirksam wie jeder Erbvertrag [38]). Das freilich darf nicht gesagt werden, daß der Verzicht die Erbberechtigung sofort zerstörte [39]): eine solche besteht vor dem Tode des Erblassers nicht. Unbedenklich aber hindert der Verzicht das demnächstige Zustandekommen einer Delation an den Verzichtenden, auch wo deren Voraussetzungen gegeben sind [40]). Eben darauf gründet sich die Antwort auf die obige Frage. Weil dem Verzichtenden nicht deferirt wird, würde er bei der gesetzlichen Erbfolge in den Nachlaß des Erblassers, dessen Testament von einem andern Notherben angefochten wird, nicht in Betracht kommen. Und wie er den gesetzlichen Erbtheil des Letzteren nicht schmälert, so übt sein Dasein keinen Einfluß auf die Berechnung von dessen Pflichttheil.

Wenn ein Notherbe durch Uebereinkunft mit dem lebenden Erblasser auf die Pflichttheilsberechtigung verzichtet, so kann darin ein Verzicht auf alle Erbberechtigung liegen. Allein möglich ist es eben so wohl, daß lediglich der Pflichttheilsberechtigung entsagt werden soll, und dieser Fall muß — was gewöhnlich nicht geschieht — vom vorigen unterschieden werden. Auch hier wiederholt sich der Gegensatz des römischen und des heutigen Rechts: nach Ersterem besteht Ungültigkeit der Willenserklärung [41]), nach deutschem Recht wirksamer Erbverzicht [42]). Allein dieser ist von beschränkter Bedeutung: der Verzichtende erklärt nur, daß er gegen ein ihn etwa im Pflichttheil verkürzendes Testament sich nicht auf das Notherb-

[38]) Beseler, Erbverträge II. 2 S. 233 ff., besonders S. 236. 237.

[39]) Nicht viel besser ist es, wenn Mühlenbruch 35 S. 268 von einer Vernichtung der Hoffnung spricht, aus dem Grunde der Beerbung etwas zu erwerben.

[40]) Zur Vergleichung darf das Recht der Acceptilation einer bedingten Forderung herangezogen werden: Papin. l. 77 D. de R. J. 50. 17: — si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, *ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur,* si obligationis condicio extiterit. — l. 12 D. de acceptil. 46. 4. Daß hier l. 16 D. de solut. 46. 3 Rückziehung eintreten läßt (Fitting, Rückziehung S. 55), erklärt sich aus der Natur der bedingten Forderung und ist nicht auf die künftige Erbberechtigung zu übertragen.

[41]) Paul. IV. 5. 8. Justinian. l. 35 § 1 C. de inoff. test. 3. 28. — Gar nicht hieher gehört die oft in diese Lehre eingemischte l. 1 § 3 D. si quis a parente 37. 12: sie erklärt sich aus dem Wesen der Pflichttheilsberechtigung des parens manumissor: Schmidt, Pflichtth.-R. S. 145 f. bei Anm. 51.

[42]) Erk. des O.-A.-G. zu Rostock vom 26. Nov. 1863 bei Seuffert, Arch. 20. 150. Erk. des obersten Gerichtshofs für Bayern vom 18. April 1873, Seuffert Arch. 30. 74. Vergl. auch Holzschuher, Theorie und Casuistik II (Aufl. II) S. 773 unter 5.

benrecht berufen will[43]); die gesetzliche Erbberechtigung wird nicht aufgehoben. Und darum würde seine Concurrenz den gesetzlichen Erbtheil anderer Erben mit Pflichttheilsberechtigung schmälern: folgeweise ist er mitzuzählen, wenn man für solche andre Erben den Pflichttheil zu ermitteln hat.

II. Nicht völlig ausreichend erscheinen die Erwägungen, die uns unter I geleitet haben, bei den Fällen, wo neben dem Notherben eine Wittwe des Erblassers steht, welche den gemeinrechtlichen Erbanspruch der armen Wittwe zu erheben hat, — oder ein überlebender Ehegatte, dem eine statutarische Portion gebührt.

A. Dem Erbanspruch der armen Wittwe wird grade heutzutage vielfach die Natur einer Erbberechtigung streitig gemacht: nicht wenige Schriftsteller wollen nur von einem gesetzlichen Vermächtniß geredet wissen[44]). Dieser Auffassung ist meines Erachtens bei allen Fällen zu widersprechen, wo die Wittwe nicht durch das Testament des Ehemanns auf ein bloßes Vermächtniß angewiesen ist, und wo sie die Proprietät ihres Antheils, nicht blos — mit Rücksicht auf die aus ihrer Ehe mit dem Erblasser entsprungenen Kinder — den Nießbrauch erhält[45]). Daß der Ausdruck der Nov. 53 im Grunde nur die Annahme einer wirklichen Erbberechtigung gestattet, ist oft genug hervorgehoben. Nicht allein heißt es in cap. 6. pr.: — „in successione (*ἐν τῇ διαδοχῇ*) morientis uxorem cum filiis vocari“, sondern die Wittwe soll auch für die Nachlaßschulden aufkommen, secundum quod in illius jure ex hac lege *heres extiterit* (*συγκληρονομεῖ*). Gegenüber der Annahme von Köppen[46]), als sei bei letzterer Aeußerung Erbeseinsetzung der Wittwe vorausgesetzt, genügt ein Hinweis auf das „ex hac lege“; auch Windscheid aber

---

[43]) l. 35 § 1 C. cit.: — si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset, quatenus de inofficiosi querella adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur. — Den im Text hervorgehobenen Unterschied erkennt Mühlenbruch **35** S. 438 an, doch zieht er aus ihm keine Consequenz für unsre Frage.

[44]) Vangerow II § 488. Köppen Syst. I S. 138—140. Syst. im Grundriß S. 86—88. Sintenis, Civ.-R. § 165 Anm. 2 unter 2 b. Windscheid III § 574 bei Anm. 10.

[45]) Für die hier vertheidigte Ansicht unter den Neueren Francke S. 219 Anm. 25. Arndts II (Art. „Intestaterbfolge“) S. 62. Mühlenbruch, Forts. von Glück **43** S. 301. Schirmer I S. 240 f.

[46]) Grundriß S. 87.

(citirt in Anm. 44) ist nicht zuzugeben, daß von einer auf den Betrag des Viertels beschränkten Haftung für die Nachlaßschulden die Rede wäre. Denn das secundum quod (καϑ' ὅσον) will nach dem Voraufgehenden nur sagen, daß die Wittwe nicht etwa zufolge ihres Erbewerdens ihr eignes, sei es in den Besitz des Mannes gekommenes, sei es sonst irgendwo befindliches Vermögen verliert; dasselbe haftet deshalb den Nachlaßgläubigern einzig auf Grund der Erbeseigenschat fder Wittwe, nicht etwa als Theil des Nachlasses[47]). Entschieden ist ferner festzuhalten, daß die Nov. 53 der eigentliche Sitz des Instituts ist: Nov. 117 c. 5 will erkennbar das bisherige Recht nur in einzelnen Punkten ergänzen oder ändern, sie beabsichtigt keine Umgestaltung der Grundlagen. Wenn daher Nov. 117 die Wittwe für Einen (oben angegebenen) Fall auf den Nießbrauch beschränkt, so wird damit freilich für diesen Fall ein gesetzliches Vermächtniß geschaffen, aber die Regel der Erbberechtigung, wie sie durch das ältere Gesetz begründet ist, wird nicht geändert. — Man zieht ferner zur Auslegung der Nov. 53 die l. 11 § 1 C. de repud. 5. 17 heran (vergl. auch Nov. 22 Kap. 18). Nach dieser Stelle soll der Mann, der die nicht dotirte Frau ohne Grund verstößt oder ihr Grund zur Scheidung gibt, ein Viertel des Vermögens, doch nicht über 100 Pfund Goldes, an die Frau verlieren. Nun ist erklärtermaßen der Erbanspruch der armen Wittwe dieser Vorschrift nachgebildet: da nun Letztere ohne Zweifel keine Gesammtnachfolge begründet, so meint man solche auch bei Nov. 53 ausschließen zu müssen. Allein hier bietet sich die folgende Entgegnung. Die l. 11 C. cit. verordnet die Verwirkung einer Vermögensquote des lebenden Ehegatten: dabei ließ sich an eine Gesammtnachfolge so wenig denken, wie bei einer Veräußerung des gleichen Gegenstands; eben darum ist sie von Justinian nicht vorgeschrieben. Verheißt dagegen ein Gesetz einer Person einen Bruchtheil des Nachlasses eines Verstorbenen, so ist im Zweifel Gesammtnachfolge gewollt, denn der Uebergang des Vermögens auf Ueberlebende verlangt eine solche, — bei einer Mehrheit Berufener eine Nachfolge nach Bruchtheilen. Nun deutet überdies in unserm Falle der Ausdruck des Gesetzes, die angeordnete Haftung für die Erbschaftsschulden, deutlich auf jene Absicht des Gesetzgebers hin: darum darf gewiß nicht zu dem künstlichen Constructionsmittel des gesetzlichen Vermächtnisses gegriffen werden.

---

[47]) Vergl. die Stelle aus dem Auszuge Julian's in Anm. 48.

Mit Nachdruck ist hier noch auf die Auslegung hinzuweisen, welche der Nov. 53 durch die Jurisprudenz und Gesetzgebung der Griechen zu Theil geworden ist. Schon Julian, der Zeitgenosse Justinian's, nimmt im Novellenauszug Erbfolge an [48]), noch entschiedener Athanasius [49]). Besonders bezeichnend aber ist die Haltung der Basiliken. Diese verbinden (28. 12 — Heimb. III. S. 315 f.) die Vorschriften der Novellen 53 und 117 (und dabei lassen sie auch das erstere Gesetz nur zu Gunsten der Frau verfügen). Auf den Eingang von Nov. 53 c. 6 pr. folgt die zweite Hälfte von Nov. 117 c. 5 pr., dann schließt sich der Inhalt von Nov. 53 c. 6 § 1. 2 an; am Schlusse aber steht die Bestimmung aus der ersten Hälfte von Nov. 117 c. 5 pr., daß der Mann am Erbanspruch des Gesetzes nicht Theil haben soll. Völlig weggelassen ist hiernach die Anknüpfung an die Nachtheile ungerechtfertigter Auflösung einer nicht dotirten Ehe (Nov. 53 pr. in f. Nov. 117 pr. init.): von den darüber sprechenden l. 11 § 1 C. de repud. 5. 17. Nov. 22 c. 18 ist überhaupt nichts in die Basiliken übergegangen. Folgeweise fehlt hier der beste Grund für die Annahme eines gesetzlichen Vermächtnisses, die Anlehnung an jene Nachtheile ungerechtfertigter Scheidung. Trotzdem wird die Vorschrift der Nov. 53 c. 6 § 1, die so nachdrücklich für die von uns verfochtene Ansicht spricht, fast wörtlich wiederholt, — namentlich gilt dies von den Schlußworten *πλὴν εἰ μὴ καθ' ὅσον τῶν ἐκείνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου κληρονομεῖ.*

---

48) *Julian.* epit. const. 47 (48) cap. 187 — Haenel S. 76: — Illud autem certum est, quod mulier, sive mobiles sive immobiles res habeat suas proprias, omni modo eas sine deminutione deducere poterit, non subjectas mariti creditoribus, *nisi ad hoc tantum, quod heres ei extiterit.* —

49) *Athanas.* nov. Justin. tit. V const. 4 — Heimbach anecdota I S. 74 f.: — *εὔπορος γυνὴ ἐπὶ ἀπόρῳ τελευτήσασα ἀνδρὶ χωρὶς γαμικῶν συμβολαίων, ὁμοίως δὲ καὶ εὔπορος ἀνὴρ ἐπὶ ἀπόρῳ τελευτήσας γυναικὴ (v. γυναικὶ) εἰς το τέταρτον μέρος τῆς οἰκείας (v. οἰκείας) περιουσίας κληρονομείσθω ὑπὸ τοῦ περιόντος, εἰ καὶ παῖδες ὕπεισιν αὐτοῖς —. σημείωσαι, ὅτι τὰ τῆς γυναικὸς ἐξόπροικα (v. ἐξώπροικα) οὐχ ὑπόκεινται εἰς τὰ χρέα τοῦ ἀνδρός, εἰ μὴ καθ' ὅσον αὐτὸν ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου κληρονομεῖ —.* [Mulier locuples, quae relicto paupere marito absque dotalibus instrumentis defuncta est, similiter autem etiam vir locuples, qui relicta paupere muliere defunctus est, in quartam partem substantiae suae *habeto heredem* eum, qui superest, etsi liberi eis sunt. — Nota, parapherna mulieris non esse obnoxia aeri alieno, (quod) maritus (contraxit), nisi in quantum ex hacce lege *ejus fit haeres* —.]

Hiernach ist vom Standpunkt der Basiliken auf jeden Fall eine gesetzliche Erbberechtigung anzunehmen: ist es aber wohl glaublich, daß auf diesem Punkte seit Justinian eine Aenderung des Rechts eingetreten sein sollte [50]?

Es kann jetzt die Frage erörtert werden, ob die arme Wittwe bei der Berechnung des Pflichttheils der neben ihr stehenden Notherben mitzuzählen ist. In der älteren Theorie waren drei Ansichten vertreten [51]: die Einen wollten den Theil der Wittwe wie eine Schuld von der Erbschaft abziehen, nur den Rest für die Berechnung des Pflichttheils in Ansatz bringen, — die zweite Meinung ließ die Concurrenz der Wittwe gänzlich außer Betracht, ermittelte den Pflichttheil vom ganzen Vermögen, als ob nur die übrigen Erben vorhanden wären, — eine dritte Lehre, und diese ist die heutzutage herrschende, berücksichtigt die Wittwe wie jeden Intestaterben sowohl bei der Bestimmung des gesetzlichen Erbtheils des Notherben wie bei der Entscheidung darüber, ob der Pflichttheil ein Drittel oder die Hälfte dieses Erbtheils ausmacht. So wie wir oben die Erbberechtigung der armen Wittwe bestimmt haben, können wir uns nur dieser letzten Ansicht anschließen: die Wittwe ist wirklich Erbin, und darum muß ihrer Theilnahme an der Erbfolge der bezeichnete Einfluß auf die Feststellung des Pflichttheils andrer Erben beigelegt werden [52]. Die erste Meinung behandelt etwas als Schuld, was mit einer Obligation überall nicht verwandt ist, die zweite führt zu einer unrichtigen Bestimmung des gesetzlichen Erbtheils, folgeweise auch des Pflichttheils. — Daß die Wittwe nicht mitzuzählen ist, wo sie nach den obigen Bemerkungen bloß Vermächtnißnehmerin ist, versteht sich von selbst.

Uebrigens wird die von uns ausgeführte Antwort auch von Schriftstellern gegeben, welche der Quart der Wittwe die Natur eines

---

50) Aus der heutigen Rechtssprechung ist mir nur Eine Aeußerung über unsre Frage bekannt: das O.-A.-G. zu Celle ist im Erk. vom 1. October 1860 entschieden für die Behandlung der Wittwe als Erbin eingetreten (Seuffert, Arch. **15**. 231 Anm. 1). Die auf die Erbgebühr der Wittwe bezüglichen Rechtssprüche andrer Gerichte (Cassel im Arch. **10**. 237. Rostock das. **17**. 263. **26**. 45) gehen auf unsre Frage nicht ein.

51) Litteratur bei Glück VII S. 99—106.

52) Von diesem Standpunkt aus wird die hier vertheidigte Meinung ausgeführt bei Glück a. a. O., Francke S. 218—221. Mühlenbruch **35** S. 270. Arndts S. 606 f. unter 6 und 7.

gesetzlichen Vermächtnisses beilegen. Von diesem Standpunkt aus wird die Entscheidung durch Vangerow[53]) mit der Bemerkung begründet: da die Wittwe, wenngleich nicht Miterbin, jedenfalls die Intestatportion des Pflichttheilsberechtigten um eine Quote schmälere, so müsse sie auch vollständig bei der Ermittlung von dessen Pflichttheil in Rechnung kommen. Damit ist die Frage nach der Bedeutung des Satzes angeregt, daß der Pflichttheil Theil des gesetzlichen Erbtheils ist. Läßt sich wirklich sagen, daß bei der Feststellung dieses Erbtheils nicht allein auf die Personen zu sehen ist, denen rechtlich die Stellung von Miterben zukommt, sondern allgemein auf solche, die gleichviel ob als Erben oder als Vermächtnißnehmer einen Bruchtheil der Erbschaft zu beanspruchen haben? Meines Erachtens ist einer solchen Auslegung des Satzes bestimmt zu widersprechen. Die dürftigen Bestimmungen der Nov. 18 bieten für die Untersuchung keinen Anhalt: sie geben nur den schlecht formulirten Satz wieder, daß der Pflichttheil fortan ein Drittel oder die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils ausmachen soll. Das classische Recht wie die Constitutionen aus der späteren Kaiserzeit betonen dagegen überall nachdrücklich das Eine: der Pflichttheil ist *quarta pars ab intestato successionis*. Nun nimmt der Vermächtnißnehmer — auch beim gesetzlichen Vermächtniß — das ihm Gebührende nicht aus der Erbschaft, sondern aus der Hand der Erben: darum ist sein Anspruch bei der Bestimmung von deren Erbtheil nicht in Rechnung zu bringen. Hieran ändert es nichts, daß das Vermächtniß auf einen Bruchtheil des Vermögens bemessen ist; dies stellt nur eine eigenthümliche Art der Belastung der Erben dar.

Auf Eins ist hier vom Standpunkt der ein gesetzliches Vermächtniß behauptenden Lehre aufmerksam zu machen. Diese Ansicht verkürzt ohne genügenden Grund den Notherben in den meisten Fällen, indem sie seinen gesetzlichen Erbtheil durch das Mitzählen eines Berechtigten mindert, den sie doch consequenter Weise ausschließen müßte, da sie seine Erbberechtigung bestreitet. Nur dann tritt dieser Erfolg nicht ein, wenn das Heranziehen des Vermächtnißnehmers den gesetzlichen Erbtheil des Notherben unter den Betrag eines Viertels der Erbschaft herabdrückt, so daß der Pflichttheil auf die Hälfte jenes Erbtheils gesteigert wird.

---

[53]) Pand. II § 475 Anm. unter 3 d. — Im Ergebniß übereinstimmend Sintenis III § 196 Anm. 2. Windscheid III § 580 Anm. 4.

B. Bei der Frage, ob bei der Feststellung des Pflichttheils eines Notherben der überlebende Ehegatte mitgezählt wird, dem eine statutarische Portion zukommt, wiederholen sich die drei verschiedenen Auffassungen, deren unter A. gedacht wurde[54]). Für die Antwort sind hier die gleichen Gesichtspunkte maßgebend, die uns dort leiteten. Es ist streitig, inwieweit der Anspruch auf die statutarische Portion als Erbberechtigung aufzufassen ist. Nach der, wie mir scheint, richtigen Meinung hat man eine solche anzunehmen, wenn dem überlebenden Ehegatten ein aus Activvermögen und Schulden zusammengesetzter Vermögensinbegriff oder ein Bruchtheil vom Vermögen des Verstorbenen zukommt, — nicht aber wenn die Portion in einzelnen Sachen oder Rechten, insbesondere nicht, wenn sie in einem Nießbrauch besteht, wäre auch dessen Gegenstand das ganze Vermögen[55]). Wo hiernach dem Ehegatten Erbeseigenschaft zukommt, ist er bei der Ermittlung des Pflichttheils andrer Berechtigter mitzuzählen, nicht dagegen — ganz aus den unter A. entwickelten Gründen —, wo nur Sondernachfolge vorliegt[56]).

III. In früherer wie neuerer Zeit hat man sich viel mit der Frage beschäftigt, wie die Vorschrift der Nov. 18 über die eventuelle Erhöhung des Pflichttheils von $^1/_3$ auf $^1/_2$ des gesetzlichen Erbtheils in Anwendung auf Enkel des Erblassers zu handhaben sei[57]). Noch Glück[58]) kennt blos zwei Ansichten, von denen die eine durchweg auf die Zahl der Stämme sah, so daß nur beim Dasein von mehr als vier Stämmen dem einzelnen Enkel die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils zukommen sollte, — die andere in dem einzigen Falle von

---

[54]) Die Frage pflegt in der Theorie mit der über den Erbanspruch der armen Wittwe zusammengezogen zu werden. Es ist deshalb auf die litterarischen Nachweise in den Anmerkungen 51. 52. 53 zu verweisen.

[55]) Dafür Gerber, deutsch. Priv.-R. § 255. Walter, deutsch. Priv.-R. § 418, vergl. mit der Darstellung im § 417.

[56]) Die Frage, ob die in einem Kindestheil bestehende statutarische Portion als Erbtheil zu betrachten ist, wird in Anwendung auf die uns beschäftigende Pflichttheilsberechnung berührt, aber nicht entschieden, im Erk. des O.-A.-G. zu Celle vom 28. April 1862, Seuffert, Arch. 16. 133.

[57]) Um ähnlicher Gesichtspunkte willen, wie sie der Text bezüglich der Descendenten berührt, hat man früher über die Berechnung des Pflichttheils der Ascendenten gestritten: Glück VII S. 52 ff. Vergl. unten Anm. 63.

[58]) A. a. O. S. 60 ff. Dort finden sich die litterarischen Nachweise in den Anm. 56. 57. 58.

diesem Grundsatz abweichen wollte, wo nur Ein Enkelstamm, in diesem aber mehr als vier Köpfe vorhanden wären. Die zweite Meinung war augenscheinlich unhaltbar: sie wollte den fünf Enkeln des einzig vorhandenen Stammes die Hälfte der Intestatportion geben, nicht aber den (doch schon an sich auf kleinere Theile gesetzten) fünf Enkeln eines Stammes, neben welchen noch andere Descendentenstämme gesetzliche Erbberechtigung haben. Die erste Ansicht führte überall, wo schon der gesetzliche Erbtheil des einzelnen Enkels sich zu einer niedrigen Quote bemaß, zu einer unerträglichen Härte, sie verkannte überdies (gleich der zweiten Meinung) die Absicht, welche den Gesetzgeber bei der Vorschrift in Nov. 18 Kap. I geleitet hatte, sowie die Bedeutung der bei der gesetzlichen Erbfolge geltenden Nachfolge nach Stämmen. Auch das war eine Verirrung, daß man für die Entscheidung eine Anlehnung an l. 8 § 8 D. de inoff. 5. 2 suchte [59]): unmöglich können die Erörterungen der römischen Juristen über die Bedeutung des erst durch das Novellenrecht begründeten Zahlenverhältnisses Aufschluß gewähren.

In unsrer Zeit hat man sich entschieden der Ansicht zugewandt, daß der einzelne Enkel seinen gesetzlichen Erbtheil schon um der (noch zu bestimmenden) geringen Höhe desselben willen zur Hälfte als Pflichttheil in Anspruch nehmen kann. Hierbei darf man sich indessen nicht mit Mühlenbruch [60]) darauf beschränken, den Satz, daß beim Vorhandensein von mehr als vier Descendentenstämmen dem einzelnen Enkel die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils gebührt, durch den Zusatz zu ergänzen, daß ein gleicher Vortheil jedem Enkel zukomme, der neben mehr als vier Enkeln in demselben Stamme stehe. Das führt zunächst zu einem unbefriedigenden Ergebniß; denn auf den einzelnen von fünf solchen Enkeln fällt, wenn der Erblasser nur zwei Descendentenstämme hinterließ, ein größerer gesetzlicher Erbtheil, als auf den einzelnen von drei Enkeln eines Stammes, neben welchem drei weitere Stämme stehen. Ueberdies ist aber Mühlenbruch auf halbem Wege stehen geblieben: zu einem richtigen Princip ist nur zu gelangen, wenn man die Berücksichtigung der Stammtheilung mit Entschiedenheit auf die Ermittlung des gesetzlichen Erbtheils beschränkt, sie hat überall keine Bedeutung für die Frage, welche Quote jenes Erbtheils den Pflichttheil zu bilden hat.

---

59) So Glück S. 62.

60) Forts. von Glück 35 S. 275.

Die allein entsprechende Lösung der Aufgabe ist die von Schömann entwickelte[61]), mit Recht von der heutigen Wissenschaft beifällig aufgenommene[62]). Sie betont es, daß Justinian seine Vorschrift im Ausdruck lediglich dem Beispiel des Vorhandenseins von Kindern ersten Grades angepaßt hat, daß aber der Grundgedanke des Gesetzes der ist: für jeden einzelnen Erben soll die Größe des Pflichttheils nach seinem gesetzlichen Erbtheil berechnet werden, so zwar daß sie ein Drittel des Erbtheils beträgt, wenn derselbe ein Viertel des Nachlasses oder mehr umfaßt, — die Hälfte dagegen, wenn er unter jenem Viertel bleibt. Nach diesem Maßstabe ist auch für jeden einzelnen Enkel der Pflichttheil auf Grund seines gesetzlichen Erbtheils zu berechnen. Daß danach die für den Umfang des Pflichttheils maßgebende Zahl bei mehreren mit einander concurrirenden Descendenten eine verschiedene sein kann, fällt in die Augen. Hinterließe der Erblasser einen Sohn und vier Enkel von einem verstorbenen Sohne, so würde der gesetzliche Erbtheil des lebenden Sohnes $^1/_2$ des Nachlasses, der Pflichttheil $^1/_3$ dieser Quote = $^1/_6$ betragen; dagegen berechnete sich der gesetzliche Erbtheil eines jeden der vier Enkel auf $^1/_8$ der Erbschaft, der Pflichttheil auf $^1/_2$ dieser Quote = $^1/_{16}$ des Nachlasses[63]).

In der That ist die angegebene Absicht der Nov. 18 bestimmt zu behaupten. Der Satz selbst, daß der Pflichttheil je nach dem Umfange des gesetzlichen Erbtheils $^1/_3$ oder $^1/_2$ von diesem betragen soll, gilt nach der ausdrücklichen Bestimmung im Schlußsatz von Kap. I der Novelle für alle Notherben. Danach macht der Pflichttheil ohne Zweifel die Hälfte jenes Erbtheils aus, wenn fünf Kinder

---

[61]) Handb. des Civ.-Rechts II S. 75—83.

[62]) Zustimmend Francke S. 225. Arndts II S. 607—609 unter 8. Sintenis III § 196 Anm. 2 a. E. Vangerow II § 475 Anm. 1 unter 4. Windscheid III § 580 a. E. und in Anm. 4.

[63]) Nach denselben Grundsätzen ist zu rechnen, wenn nur Ascendenten des dritten Grades vorhanden sind. Auch der hier geltenden Theilung nach Linien kommt nur Bedeutung zu für die Ermittlung des gesetzlichen Erbtheils, nicht für die weitere Bestimmung des Pflichttheils. Wären daher aus der mütterlichen Linie zwei, aus der väterlichen drei Urgroßeltern des Erblassers vorhanden, so betrüge für die Ersteren der gesetzliche Erbtheil je $^1/_4$, darum der Pflichttheil ($^1/_3$ von $^1/_4$ =) $^1/_{12}$, — für die Letzteren der gesetzliche Erbtheil je $^1/_6$, demnach der Pflichttheil ($^1/_2$ von $^1/_6$ =) $^1/_{12}$ der Erbschaft. — Diesen Fall entscheidet unrichtig Glück VII S. 53—55, weil er der Theilung nach Linien einen zu großen Einfluß einräumt.

ersten Grades neben einander zur Erbfolge kommen. Nehmen wir nun als Beispiel aus der Erbfolge entfernterer Descendenten den Fall, für welchen eine ältere Ansicht irrig eine Ausnahme zugestehen wollte[64]), — das Vorkommen von fünf Enkeln in dem einzigen vorhandenen Descendentenstamme. Ist es denkbar, daß der Gesetzgeber diesen fünf Enkeln die vortheilhaftere Berechnung hätte versagen wollen, die er dort den fünf Kindern gewährte? Ein Grund für eine abweichende Behandlung ist völlig unerfindlich, und darum wird man hier die gleiche Rechnung zulassen müssen. Gibt man aber einmal in solcher Weise die alte, an der Stammtheilung consequent festhaltende Lehre auf einem einzelnen Punkte auf, so findet der Gedanke erst einen Ruhepunkt, wenn er bei der auf der äußersten Grenze des Gegensatzes stehenden Theorie von Schömann angelangt ist.

Der innere Grund aber, auf den sich diese Meinung zu stützen hat, ergibt sich bei Feststellung des Gebiets, innerhalb dessen dem Begriff der Stammtheilung Geltung beizulegen ist: dasselbe beschränkt sich auf die gesetzliche Erbfolge. Hier handelt es sich darum, die Berechtigungen der einzelnen Erben gegen einander abzugrenzen, eine angemessene Vertheilung des Nachlasses herbeizuführen. Diese Aufgabe begegnet bei der Succession der Enkel einer doppelten Anforderung. Zunächst soll es diesen keinen Nachtheil bringen, daß ihr Erzeuger vor der Delation der Erbschaft des jetzt zu beerbenden Großvaters aus der Welt geschieden ist; — auf der andern Seite dürfen die Kinder ersten Grades den Enkeln gegenüber nicht ungünstiger gestellt werden, als sie bei Concurrenz von deren Erzeuger gestanden haben würden. Daher die Theilung nach Stämmen. Anders verhält es sich mit den Bestimmungen über den Umfang des Pflichttheils. Ihre Aufgabe ist Verhütung eines Mißbrauchs der Testirfreiheit des Erblassers gegenüber den nächsten Blutsverwandten; ein Anspruch gegen den Testamentserben entsteht nur dadurch, daß der Erblasser jene Vorschriften nicht beachtet. Am wenigsten hat die gesetzliche Begrenzung des Pflichttheils eine Beziehung auf gleichberechtigte gesetzliche Erben: werden solche eingesetzt, so können sie bei Beschränkung eines Notherben auf den Pflichttheil selbst über das Maß des gesetzlichen Erbtheils hinaus bedacht werden.

Haben diese Bemerkungen Recht, so sind die Grundsätze über

---

[64]) So die zweite der beiden im Eingang von III besprochenen älteren Ansichten.

die für Descendenten geltende Theilung nach Stämmen zwar anwendbar bei der Ermittlung des gesetzlichen Erbtheils als einer Voraussetzung des Pflichttheils, aber bei unsrer Frage, welche Quote jenes Erbtheils den Pflichttheil ausmache, hat man ohne Grund von ihnen Gebrauch gemacht. Hier ist ein Princip nur zu gewinnen, wenn man die in der Nov. 18 Kap. I für die Kinder ersten Grades aufgestellten Zahlen in der oben angegebenen Weise auf den dem einzelnen Notherben zustehenden gesetzlichen Erbtheil überträgt.

Die heutzutage herrschende Lehre ist zur Anwendung gebracht in einem Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle vom 28. April 1862[65]); ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom 26. Mai 1848[66]) folgt den Grundsätzen, denen wir oben bei der Besprechung der Ansicht von Mühlenbruch entgegengetreten sind: die damit begründete Entscheidung des betreffenden Rechtsfalls erscheint irrig.

Nicht zu übergehen ist hier eine in neuerer Zeit mehrfach ausgesprochene Bemerkung über die Formulirung der durch die Nov. 18 begründeten Regel. Man hat zu sagen: der Pflichttheil eines Notherben berechnet sich auf ein Drittel seines gesetzlichen Erbtheils, wenn dieser ein Viertel der Erbschaft oder mehr ausmacht, — auf die Hälfte, wenn der gesetzliche Erbtheil weniger als ein Viertel der Erbschaft beträgt. In letzterer Beziehung darf nicht gesagt werden: „wenn der Erbtheil ein Fünftel oder weniger beträgt“. Denn der gesetzliche Erbtheil kann seinen Ausdruck in einem Bruch finden, der zwischen 1/4 und 1/5 der Erbschaft fällt. Dies ist z. B. der Fall, wenn neben vier Kindern aus einer Vorehe die unvermögende Wittwe des Erblassers succedirt, der Kopftheil aber sich auf mehr als 100 Pfund Gold beläuft[67]).

---

[65]) Seuffert, Arch. 16. 133.

[66]) Seuffert 19. 249.

[67]) Ein anderes Beispiel, hergenommen von der durch doppelte Verwandtschaft begründeten doppelten Erbberechtigung eines einzelnen Erben, findet sich bei Vangerow II § 475 Anm. 1 unter 4 b.

§ 38.

B. Ermittlung des Geldwerths des Pflichttheils. — Erweiterungen und Minderungen*).

I. Eine rechnerische Feststellung des Pflichttheils ist nur nöthig, wo derselbe nicht — nach letztwilliger Verfügung oder kraft durchgeführter Querel und mit dieser verbundener Erbschaftsklage — in einem ihn völlig deckenden Erbtheile gewährt wird. Denn wo er letztere Gestalt hat, steht das Rechtsverhältniß des Notherben in Ansehung seiner Erbquote unter den gewöhnlichen erbrechtlichen Grundsätzen[1]); es ist ungerechtfertigt, wenn Mühlenbruch[2]) den Fall, wo der Notherbe mit Bezug auf seine Pflichttheilsberechtigung zum Erben eingesetzt ist, abweichend behandeln, die Bezüge des Notherben auf den entsprechenden Theil an den beim Tode des Erblassers vorhandenen Gütern einschränken will. Nicht minder verfehlt ist der Gedanke von Glück[3]), welcher dem als Erbe berufenen Pflichttheilsberechtigten bei vorhandenen Schwierigkeiten der Schuldtilgung ein Recht auf unverkürzte Auszahlung des Pflichttheils beilegt, — gegen Caution wegen Leistung des antheiligen Beitrags zu den Schulden. Ist doch der Notherbe mit dem Erwerb nach Verhältniß seines Erbtheils ohne Weiteres Subject aller zum Nachlaß gehörigen Forderungen wie Verbindlichkeiten.

Ich komme zu dem Falle, wo der Pflichttheil dem Notherben in einer bestimmten Summe oder in einzelnen Vermögensstücken zugeht[4]). Hier ist der Geldwerth des Vermögens und danach der dem Pflichttheil entsprechende Bruchtheil zu ermitteln; mit dem so festgestellten Betrage wird der Werth der dem Notherben hinter-

---

*) Francke S. 226—230. Mühlenbruch 35 S. 276—293. Arndts II S. 609—611.

[1]) l. 15 § 2 verglichen mit l. 8 § 16. l. 21 § 2 D. h. t. 5. 2.

[2]) A. a. O. S. 277—282. Gegen Mühlenbruch vergl. Arndts II S. 611 Anm. 225. Windscheid III § 581 Anm. 11. — Mühlenbruch beruft sich auf die l. 44 § 2 D. de bon. libert. 38. 2, die den Fall betrifft, wo der Pflichttheil des Patrons durch Erbtheil und Vermächtniß ausgewiesen ist. Allein die Stelle beweist nicht für Mühlenbruch. Vergl. unten den Text bei Anm. 6.

[3]) Comment. VII S. 108 ff. Vergl. dagegen Francke S. 227 f. Mühlenbruch 35 S. 287 f.

[4]) Selbstverständlich kann derselbe auch aus einem Erbtheil und der Zuwendung eines einzelnen Vermögensstücks zusammengesetzt sein; indessen erscheint es nicht erforderlich, diesen Fall besonders zu erörtern.

lassenen Zuwendungen verglichen. Zu gewähren ist der Pflichttheil auf Grund des beim Tode des Erblassers vorhandenen Vermögensbestands [5]), gerade wie dies beim patronatischen Pflichttheil gilt [6]). Die nach dem Tode des Erblassers eintretenden Vermehrungen wie Verminderungen des Vermögens berühren den Anspruch des Notherben nicht: einen äußeren Beweis dafür gewährt l. 44 § 2 D. de bon. libert. 38. 2. Paulus führt aus:

Si ex bonis, quae mortis tempore fuerunt, debitam partem dedit libertus in hereditate vel (et? Momms.) legato, servus tamen post mortem liberti reversus ab hostibus augeat patrimonium: non potest patronus propterea queri, quod *minus* habeat in servo, quam haberet, si ex debita portione esset institutus. idem est in alluvione. —

Zuerst einige Worte über den Text der Stelle. Ich lese nach dem Vorschlage von Th. Mommsen „in hereditate et legato": dafür spricht das „quod minus habeat", wonach doch jedenfalls Etwas vom Zuwachs an den Patron gekommen sein muß [7]). Nur das Maß, nach welchem dieser an den Erweiterungen des Vermögens Theil hat, ist in Folge der Zusammensetzung seines Pflichttheils aus Erbtheil und Vermächtniß ein geringeres, als wenn er auf die volle debita portio Erbe wäre.

Für unsere Untersuchung ist unleugbar aus der Stelle zu entnehmen, daß der in einem Vermächtniß bestehende Pflichttheil von den ferneren Schicksalen des Vermögens nicht berührt wird.

Wird der Pflichttheil nicht in einer Summe oder einer generisch bestimmten Sache gewährt, sondern durch das Vermächtniß einer individuell bezeichneten Sache, so gelten in Ansehung des Commodum

---

[5]) Carac. l. 6 C. h. t.: — si quartam bonorum partem *mortis tempore* testator reliquit —. Vergl. Justinian. l. 30 § 2 C. h. t.; — ut ille gradus ejusdem militiae inspiciatur, quem *morte testatoris* militans obtinet —. Der Grund dieser Bestimmung ist im § 39, Text hinter Anm. 56 anzugeben.

[6]) l. 3 § 20. l. 26. l. 35 D. de bon. libert. 38. 2. Eben jene Zeit des Todes ist bei der Frage festgehalten, ob der Freigelassene centenarius war, l. 20 cit. Näheres bei Schmidt S. 65. S. 70.

[7]) So Arndts II S. 611 Anm. 225. Gezwungen scheint mir die Auslegung von Schmidt (Pflichtth.-R. S. 66 Anm. 93 a. E.), wonach bei der Erbeseinsetzung der Stelle die besondere Formel gebraucht wäre: „ex debita parte bonorum meorum, *quae erunt mortis tempore,* patronus heres esto".

die gewöhnlichen Grundsätze [8]). Nicht das Gleiche ist von der Gefahr der vermachten Sache zu sagen: denn bis zum Tode des Erblassers trifft jedenfalls den Notherben keine Gefahr, er hat den Pflichttheil von dem beim Tode vorhandenen Vermögen zu fordern. Dagegen geht sofort mit dem Tode die Gefahr auf den Notherben über; geht also die zu dieser Zeit vorhandene Sache demnächst unter, selbst bevor sie an den Notherben gekommen ist, so kann dieser Ansprüche wegen der Sache nicht erheben [9]).

II. Die näheren Bestimmungen über die Berechnung des Vermögens sind durch analoge Anwendung der in den Quellen vorliegenden Grundsätze über die Berechnung der Falcidischen Quart, auf die ich lediglich verweise, zu gewinnen; auch bei dieser ist ja der beim Tode des Erblassers vorhandene Vermögensbestand zu Grunde zu legen [10]). Hervorzuheben sind einige Sätze, die von Ulpian in Anknüpfung an die Querel erörtert werden. Da der Pflichttheil aus dem reinen Vermögen zu gewähren ist, so kommen die auf der Erbschaft ruhenden Schulden und die Kosten der Beerdigung in Abzug [11]). Auch das Verhältniß des Notherben zu den testamentarischen Freilassungen wird unter Zugrundelegung des Rechts der Falcidischen Quart behandelt. Wie diese kann der zugewendete Pflichttheil durch Freilassungen geschmälert werden [12]). Hat nun der Erblasser einen Notherben zum alleinigen Erben eingesetzt, so ist damit für diesen

[8]) Darüber Mommsen, Erört. aus dem Obl.-Recht, Heft I S. 36—41. S. 102 f. S. 115. Vergl. auch Windscheid III § 647 bei Anm. 13—15.

[9]) Das lehrt Paul. l. 44 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. Patronus heres institutus legato ei servo, per quem suppleretur debita ei portio, non petet contra tabulas bonorum possessionem, quamvis servus clusis tabulis decessit. Was hier vom Vermächtniß zur Erfüllung des Pflichttheils gesagt wird, muß auch gelten, wo der ganze Pflichttheil in einer vermachten Sache besteht. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 65 Anm. 93 unter d, auch Arndts II S. 610 a. E.

[10]) Das Einzelne bei Mühlenbruch S. 282 ff. Windscheid III § 652 Num. 1. Num. 4 bei Anm. 25—29.

[11]) l. 8 § 9 D. h. t. Paul. IV. 5. 6. Gleiches ist von den auf die Klarstellung des Vermögens verwendeten Kosten zu sagen: l. 72 D. ad leg. Falc. 35. 2. l. 22 § 9 C. de jure delib. 6. 30.

[12]) Vergl. § 3 J. ad l. Falc. 2. 22. l. 32 § 5 — l. 39 D. ad leg. Falc. 35. 2. Paul. IV. 5. 6. Das im Text Bemerkte ist ausgeführt in l. 8 § 9 D. cit. Ueber die Stelle Bas. 39. 1. 8. schol. 18. *Cujac.* rec. sol. ad h. l. (VIII. 182 ff.). *Schulting,* not. ad h. l. Mühlenbruch S. 288—293. (Vergl. auch das oben im § 5 unter I S. 20 f. zu der Stelle Gesagte).

allerdings das Recht auf die Falcidische Quart gegeben: allein diese sowohl wie der Pflichttheil können ihm völlig entzogen werden, wenn der Erblasser, der nur Sclaven besitzt, diese sämmtlich im Testament mit der Freiheit bedenkt [13]). Den suus, der ohne Weiteres erbt und damit die Freilassungen wirksam macht, läßt Ulpian einem solchen Rechtszustand gegenüber ohne Hülfe: der gewaltfreie Notherbe aber kann die Freilassungen durch Ausschlagung hinfällig machen, indem er das Vermögen entweder an den Substituten bringt [14]), gegen den er dann die Querel erheben kann, — oder auch selbst als gesetzlicher Erbe erwirbt [15]).

Behufs der Feststellung des Vermögens kann der Pflichttheilsberechtigte Aufnahme eines Inventars fordern [16]): dieser Anspruch ist nicht dadurch zu verkümmern, daß der Erblasser den Vermögensbetrag im Testament angibt. Zwar sollen nach Nov. 48 Kap. I die Erben im Verhältniß zu einander durch eidliche Angaben jener Art gebunden sein, allein auf die Notherben leidet dies keine Anwendung [17]). Freilich auf die vermeintliche Analogie des Satzes, daß solche Aeußerungen des Erblassers gegenüber den Gläubigern unwirksam sind (nov. 48 c. 1 § 1), möchte ich hierbei kein Gewicht legen; jedenfalls aber muß die Erwägung genügen, daß der Pflichttheil durch keinerlei letztwillige Anordnung geschmälert werden kann: dem entsprechend kann auch der Erblasser dem Notherben das Recht nicht entziehen, die Feststellung des Pflichttheils auf Grund des wirklichen Vermögensbestandes zu erwirken.

Auf diesen Gedanken, zugleich aber auf die angegebene Analogie stützt sich ein Erkenntniß des O.-G. zu Wolfenbüttel vom

---

[13]) Was Ulpian hier mit Rücksicht auf die lex Furia Caninia bemerkt hat (Gaj. I. 42—46), ist von den Compilatoren gestrichen.

[14]) Nimmt man nicht an, daß dies die Freilassungen ohne Weiteres beseitigte (l. 25 D. de manum. test. 40. 4), so würden diese doch durch die Querel vernichtet.

[15]) Die Anwendung des Edicts „si quis omissa causa testamenti" (Dig. 29. 4) findet Ulpian hier nicht veranlaßt. Vergl. l. 6 § 8 D. si quis omissa 29. 4.

[16]) Mühlenbruch S. 293. Arndts II S. 609 f. unter 9. In Anknüpfung an die Ergänzungsklage wird das angegebene Recht (zu dessen Verfolgung auch gesonderte Klage zustehen soll) anerkannt durch Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Celle von 1817 und des O.-A.-G. zu Cassel vom 3. Juni 1853, bei Seuffert, Arch. V. 35. VII. 212.

[17]) Vergl. Mühlenbruch und Arndts a. d. a. OO. Francke S. 230.

22. Juni 1869 folgenden Inhalts[18]): das vom Erblasser im Testament niedergelegte Anerkenntniß einer ihm angeblich obliegenden Schuld gegen einzelne Erben ist bis auf geführten Beweis für die mit Pflichttheilsansprüchen auftretenden Notherben unverbindlich. Verwandt ist die Entscheidung desselben Gerichts vom 23. Februar 1844[19]): Aeußerungen des Erblassers über die Berichtigung des Pflichttheils von Notherben haben ohne Beweis keine Kraft.

Zum Schluß ist die Frage zu berühren, wie sich der Pflichttheilsanspruch zur Collationspflicht der dem Notherben gegenüberstehenden Erben verhält. Nach den unter I dargestellten Grundsätzen ist so zu entscheiden. Wird der Pflichttheil durch einzelne Vermögensstücke im Wege der Sondernachfolge (Vermächtniß, Schenkung auf Todesfall u. s. f.) gewährt, so kommen die Conferenden nicht in Betracht, da diese nicht als ein Theil des bei des Erblassers Tode vorhandenen Vermögens angesehen werden können, und da Collation nur unter Descendenten stattfindet, welche neben einander zur Erbfolge gelangen. Soweit dagegen der Notherbe den Pflichttheil als Erbe erlangt, ist ihm zu conferiren: die einzuwerfenden Bezüge bilden einen durch die Thatsache der Erbfolge selbst vermittelten Zugang zu dem erwähnten Vermögensbestande. In der hier angegebenen Ausdehnung wird der Collationsanspruch anerkannt durch Leo's bekannte l. 17 C. de collat. 6. 20, welche die neuere Descendentencollation begründet hat. Der Eingang des Gesetzes lautet:

Ut liberis tam masculini quam feminini sexus, juris sui vel in postestate constitutis, *quocunque jure intestatae successionis,* id est aut testamento penitus non condito, vel, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita *vel inofficiosi querella mota rescisso,* aequa lance parique modo prospici possit, hoc etiam aequitatis studio praesenti legi credimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentium tam dos quam ante nuptias donatio conferatur —.

Dieser Satz muß ferner, da nach Nov. 18 Kap. 6 die Collationspflicht, wenn nicht ausdrücklich erlassen, auch für die testamentarische Erbfolge besteht, nicht minder da gelten, wo durch die

[18]) Seuffert, Arch. 25. 43. (Die angebliche Verbindlichkeit, wie sie im Testament anerkannt war, sollte aus einem Fideicommiß entsprungen sein).

[19]) Seuffert 12. 278.

Querel das Testament nur theilweise beseitigt wird, demnach testamentarische und gesetzliche Erbfolge sich mischen. — Endlich ist der Satz in demselben Umfange, in welchem er hier zu Gunsten des Notherben behauptet wird, zu seinem Nachtheil zu behaupten: derselbe hat seinerseits den Miterben zu conferiren (l. 25 pr. D. h. t.). Freilich ist diese Regel von geringerer Bedeutung, da die bezüglichen Erwerbungen meist zugleich Zuwendungen auf den Pflichttheil darstellen [20]).

Mit Rücksicht auf das neueste Recht ist über die soeben erörterte Frage für jetzt nur das Eine zu bemerken: da es sich bei dieser lediglich um die Pflichttheilsberechtigung von Descendenten des Erblassers handeln kann, so sind die entwickelten Grundsätze als unmittelbar praktisch nur vom Standpunkt der Ansicht anzusehen, welche die Querel als das auch nach Nov. 115 den verletzten Notherben ordentlicher Weise zustehende Rechtsmittel behandelt. — Aus der Praxis erwähne ich einige Aeußerungen, die freilich nur von der Pflichttheilsberechtigung überhaupt, nicht grade von der Querel sprechen. Ein Erkenntniß des O.-A.-G. Dresden von 1849 [21]) leitet aus dem Satze, daß der Pflichttheil nach dem Stande des Vermögens zur Todeszeit des Erblassers zu gewähren ist, die allgemeine Regel ab [22]): das, was dem Vermögen des Erblassers bereits bei dessen Lebzeiten durch Verfügung unter Lebenden entzogen sei, komme an sich bei der Berechnung des Pflichttheils nicht in Anschlag. Die Frage, wie weit derartige Zuwendungen zu conferiren sind, soll mit der Berechtigung zum Pflichttheil und mit dessen Berechnung an sich nicht in Verbindung stehen. Diese Sätze sind jedenfalls in der vorliegenden Ausdehnung nicht aufrecht zu halten. — Zwei weitere Urtheile — Dresden vom 28. November 1854, Celle vom 16. Januar 1849 [23]) — behandeln die Einsetzung des Notherben auf den Pflichttheil. Beide stimmen darin überein, daß bei dessen Berechnung die der Collation unterliegenden Bezüge der Miterben in An-

[20]) Vergl. über das im Text Ausgeführte Fein, Collation S. 294, wo Angaben über die ältere Litteratur, Arndts II S. 258 f. unter 2. Windscheid III § 610 Anm. 4.

[21]) Seuffert IV. 98.

[22]) Wie das Erkenntniß mitgetheilt ist, wird die Rechtsform, in der der Pflichttheil zugewendet ist (durch Erbtheil oder wie sonst) nicht berührt.

[23]) Seuffert 10. 69. 8. 69.

schlag zu bringen sind. Rücksichtlich der Frage, ob der im Testament ausgesprochene Erlaß der Collation der Pflichttheilsberechtigung gegenüber wirksam ist, gehen diese Erkenntnisse auseinander: wir treten der bejahenden Meinung bei (Dresden), da der Erblasser dem Gesetz genügt, wenn er den Pflichttheil von dem bei seinem Ableben vorhandenen Vermögen ausweist. — Auf die l. 17 C. de collat. 6. 20 ist in keiner der drei Entscheidungen Rücksicht genommen.

C. Zuwendung auf den Pflichttheil und Einrechnung in den Pflichttheil.

§ 39.

1. Zuwendung und Einrechnung. — Zuwendungsformen*).

I. Die Darstellungen des Pflichttheilsrechts, wie es vor der Nov. 115 bestand, pflegen zu unterscheiden zwischen den Formen der Hinterlassung des Pflichttheils und zwischen Zuwendungen, welche in den Pflichttheil eingerechnet werden müssen. Beide Lehren werden dann entweder mit einander verbunden [1]), oder man spricht von den einzurechnenden Vortheilen in Anknüpfung an die Berechnung des Vermögenswerths des Pflichttheils und läßt die Bemerkungen über dessen Hinterlassung gesondert nachfolgen [2]). Auf eine Ausführung des Unterschieds geht man nicht ein; in Wahrheit dürften weder der einen noch der andern Behandlungsweise feste oder doch rechtlich erhebliche Kriterien zu Grunde liegen.

Betrachten wir die Quellen, so begegnen hier die Ausdrücke imputare und computare beim Pflichttheil der Verwandten wie des Patrons in der Regel in Anwendung theils auf letztwillige Verfügungen außer der Erbeseinsetzung [3]), theils auf Zuwendungen unter

*) Litteratur in den Anmerk. 1 und 2.

[1]) So Windscheid III § 581. Aehnlich sondert Arndts II S. 609—613 unter 9—11 die Einrechnung in den Pflichttheil, die er auf dessen Hinterlassung folgen läßt, von der Ermittlung des Vermögensbetrags des Pflichttheils (abweichend von den Schriftstellern in Anm. 2).

[2]) So Francke §§ 18. 19. Mühlenbruch 35 §§ 1421 c. 1421 d. Unger, österreich. Priv.-Recht VI §§ 81. 82.

[3]) Julian. l. 20 § 3 D. de bon. libert. 38. 2. Idem servari conveniet in legato, quod patrono conjunctim et Titio datum fuerit, ut pars legati in portionem debitam patrono *imputetur* —. Ulp. l. 3 § 19 D. eod. Si patrono condicionis implendae causa quid datum sit, in portionem debitam *imputari* debet —.

Lebenden[4]). Allein in Einer Stelle (beim Patron) wird das imputare auch bezüglich eines unzulänglichen Erbtheils gebraucht[5]), und Justinian bedient sich des Ausdrucks computare in Beziehung auf alle Rechtsformen, in denen der Pflichttheil zugewendet werden kann[6]).

Daß dabei der Begriff der Anrechnung nicht durchweg einen Gegensatz zur Zuwendung oder Hinterlassung des Pflichttheils bezeichnet, lehrt die letzte Anwendung (Anm. 6). Und auch da, wo ein solcher Gegensatz in's Auge gefaßt ist, läßt sich nicht überall das gleiche unterscheidende Merkmal voraussetzen. Beim Fall der Hinterlassung eines unzureichenden Erbtheils in l. 20 § 2 D. de bon. libert. 38. 2 (Anm. 5) wird dem Erblasser der Wille einer Ergänzung der Zuwendung zur Höhe des Pflichttheils überhaupt nicht zugeschrieben; das „imputari debet" soll hier nur andeuten, das prätorische Recht rechne zur Schonung des Testaments vorerst das in diesem Ausgesetzte auf den Pflichttheil des Patrons an, lasse also die contra tab. bon. possessio lediglich ergänzend eingreifen[7]). Wo aber jenes Wort in Verbindung mit der letztwilligen Zuwendung einzelner Vermögensstücke oder mit einer Zuwendung unter Lebenden auftritt, kann die dem Geber meist zuzuschreibende Absicht der Ergänzung noch einen doppelten Inhalt haben. Oft wird der gegenwärtigen

[4]) So 1. Dos, Alex. l. 1 C. Greg. h. t.: Dos — in quartam — non *computatur* —. Alex. l. 2 C. Greg. eod. — In qua tamen parte ea, quae ante a patre filiae in dotem data sunt, non placet *computari* —. 2. Dos und Eheschenkung, Zeno l. 29 C. h. t.: — ante nuptias donationem filio in quartam praecipimus *imputari*. — in quartam partem — tam dotem datam quam ante nuptias donationem — volumus *imputari* —. 3. Schenkung unter Lebenden und auf Todesfall, Ulp. l. 3 § 18 D. de bon. libert. 38. 2: Sed etsi non mortis causa donavit libertus patrono, — (vel) quasi mortis causa *imputabuntur* —. Justinian. l. 35 § 2 C. h. t.: — quando pater — aliquid dederit vel mortis causa donatione vel inter vivos sub ea condicione, ut haec inter vivos donatio *in quartam ei computetur* —. 4. *Militia*, Justinian. l. 30 § 2 C. h. t. *Imputari* vero — in legitimam portionem et illa volumus, quae occasione militiae — posse lucrari eas (sc. personas) manifestum est.

[5]) Julian. l. 20 § 2 D. de bon. libert. 38. 2. Libertus patronum et extraneum conjunctim ex parte dimidia heredem scripsit: quadrans, ex quo institutus est patronus, totus ipsi *imputari* debet —.

[6]) Justinian. l. 20 C. de collat. 6. 20: — omnia, quae in quarta portione ab intestato successionis *computantur* his, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur —.

[7]) Darüber Schmidt, Pflichtth.-R. S. 89—91.

Zuwendung, weil sie nur einen Erwerb einzelner Vermögensstücke verschafft, eine nebensächliche Bedeutung beigelegt sein, so daß im Gedanken die Ergänzung vorbehalten erscheint, namentlich die Einsetzung auf einen wenn auch für sich allein unzulänglichen Erbtheil[8]). — Bei einer durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vollzogenen Liberalität dagegen drängt sich leicht der Gedanke vor, daß zur Zeit der Umfang des künftigen Nachlasses des Gebers noch nicht zu übersehen, das jetzt Gegebene daher wie eine Abschlagszahlung auf den Pflichttheil zu behandeln ist: hier bleibt die letztwillige Bedenkung im Sinne einer ordnungsmäßigen Erledigung des Pflichttheilsanspruchs vorbehalten[9]).

Das bisher Bemerkte sollte zeigen, daß die Quellen eine Unterscheidung von Zuwendungen (oder Hinterlassungen) des Pflichttheils und von in den Pflichttheil einzurechnenden Beträgen — in dem Sinne, daß damit feste technische Begriffe verbunden wären, — nicht darbieten. Es kommt hinzu, daß die beiden zuletzt besprochenen Gegensätze, welche an die dem Geber zugeschriebene Absicht der Ergänzung der einzelnen Zuwendungen anknüpfen, wissenschaftlich ohne Werth sind. Denn so viel wird sich aus der sogleich zu unternehmenden Betrachtung der einzelnen in den Quellen vorkommenden Formen der Gewährung des Pflichttheils deutlich ergeben, daß eine jede derselben mit Ausnahme der Anwachsung (eines Erbtheils) als für sich allein ausreichende Zuwendung des Pflichttheils auftreten kann. Eben darum kann das Verlangen, daß neben der Zuwendung eine Einrechnungspost unterschieden werde, nur dann berechtigt sein, wenn an die einander gegenüber gestellten Begriffe besondere, für unsre Lehre erhebliche Rechtssätze anknüpfen: solche aber lassen sich jedenfalls bei Zugrundelegung der oben besprochenen Unterschiede nicht erkennen. — Die gleichen Bemerkungen sind gegenüber einer andern denkbaren Unterscheidung zu machen. Bei den meisten

---

[8]) So deutlich l. 3 § 18. 19 (verglichen mit § 16. 17) D. de bon. libert. 38. 2 — Anm. 3 und 4.

[9]) Ulp. l. 8 § 3 D. de bon. libert. 38. 2 — in Anwendung auf die mortis causa donatio —: ceterum si ei (sc. patrono) vivus libertus donavit, ille accepit, non idcirco erit repulsus a contra tabulas bonorum possessione, *quia potest dicere sperasse quod in testamento quoque gratus circa eum fieret* —. Aehnlich wird es meist gemeint sein, wenn unter Lebenden geschenkt wird hac — contemplatione, ut in quartam habeatur (computetur), l. 25 pr. D. h. t. l. 35 § 2 C. eod.

der für den Pflichttheilsanspruch erheblichen Zuwendungen unter Lebenden (Dos, Eheschenkung, käuflicher Dienst) kann zur Zeit ihrer Vornahme der Wille der künftigen Anrechnung auf Seiten der Betheiligten fehlen: die Anrechnung findet auf Grund der Rechtsvorschrift doch statt. Eben aber in solchen Fällen, wo es an jenem Willen mangelt, wird man geneigt sein, von einer bloßen Einrechnung in den Pflichttheil — im Gegensatz zur Zuwendung — zu sprechen. Auch hier jedoch erhebt sich das Bedenken, daß die nämlichen Rechtsgeschäfte unter Lebenden alle jene soeben angedeuteten Zuwendungen bald mit bald ohne Hinzutritt des beschriebenen Parteiwillens herstellen, und daß es nicht von rechtlicher Bedeutung ist, ob dieser Wille im einzelnen Falle vorlag oder nicht.

Nach einer Richtung hin besteht allerdings, wie ich meine, eine Veranlassung, die Zuwendung auf den Pflichttheil von der bloßen Einrechnung in denselben zu unterscheiden: nur handelt es sich dabei um einen Gegensatz, der seine Grundlagen nicht im classischen Recht, sondern erst im jüngsten Kaiserrecht findet. Man hat auszugehen vom Gegensatz der *querella inofficiosi testamenti* und der Ergänzungsklage. Letztere setzt begrifflich das Dasein einer ersten, ungenügenden Zuwendung voraus, sie verlangt, daß diese bis zum Pflichttheil erfüllt werde. Bei der Querel ist das nicht so: in dem Zeitpunkt, wo ihre Entstehung in Frage kommt (dem der Antretung der Testamentserben) kann ebensowohl einer einzigen, ersten Zuwendung wie einer Mehrzahl an einander gereihter Zuwendungen die Aufgabe zufallen, diese Klage abzuwenden, — ein Erfolg, der nach Justinianischem Recht auch bei unvollständiger Gewährung des Pflichttheils eintritt[10]). — Mit diesem Unterschiede verbindet sich ein zweiter. Der Anspruch des Notherben geht an sich nur auf einen Bruchtheil des gesetzlichen Erbtheils, den Pflichttheil: aber nach den Grundsätzen der Querel muß diesem Anspruche spätestens im Zeitpunkt des Erwerbs der Testamentserben ganz oder zum Theil — so daß es bloß noch zur Ergänzungsklage kommen kann —

---

[10]) Anders das frühere Recht. Nach diesem konnte der Berechtigte das Testament stets mit der Querel umstoßen, wenn ihm auch nur nicht der volle Pflichttheil, oder zwar dessen ganzer Betrag, dieser aber nur unter einer Bedingung, Befristung oder Beschwerung, hinterlassen war. Vergl. Alex. l. 8 § 1 C. h. t. (Zu dieser Stelle Francke S. 244 Anm. 2). l. 8 § 11 D. h. t. § 6 J. h. t. (Die Fassung des § 6 beruht auf einem Versehen der Compilatoren).

genügt sein. Fehlt es daran, so setzt sich nun der Pflichttheilsanspruch definitiv in den mit der Querel zur Geltung zu bringenden Anspruch auf den gesetzlichen Erbtheil um: dieser neue Anspruch aber kann von jenem Zeitpunkt an nicht mehr dadurch abgewendet werden, daß dem Notherben nunmehr auf Grund einer Willenserklärung des Erblassers, z. B. einer Erbeseinsetzung durch Substitution, ein Erwerb angetragen wird, der zwar den vollen Pflichttheil, nicht aber den vollen gesetzlichen Erbtheil deckt. Auch hierin ist das Recht der Ergänzungsklage ein anderes. Diese geht unabänderlich auf Erhöhung der vom Erblasser dem Notherben gemachten Zuwendung bis zum vollen Betrag des Pflichttheils: eben darum wird dem Notherben diesem Anspruche gegenüber auch nach dem Erbschaftserwerb des Testamentserben jeder auf einer Anordnung des Erblassers beruhende Erwerb gültig angetragen. Hier erscheint nur dann ein Erwerb verspätet, wenn der Notherbe bereits seine Befriedigung durchgesetzt hat.

Mit Rücksicht auf diese Gegensätze, die ich unten gegen das Ende von II weiter ausführe, wird man das Bedürfniß einer Unterscheidung im Ausdruck anerkennen müssen. Allerdings nicht in dem Sinne, als wären einzelne Erwerbungen zwar im Hinblick auf die Ergänzungsklage, nicht aber gegenüber der Querel geeignete Formen der Gewährung des Pflichttheils. Wohl aber ist jetzt anzuerkennen, daß nach Lage des einzelnen Falls ein gewisser Erwerb zwar zur Einrechnung in den Pflichttheil, Behufs der Abwendung der Ergänzungsklage, geeignet sein kann, nicht aber gegenüber der Querel als Zuwendung (Hinterlassung) des Pflichttheils behandelt werden darf. Freilich ist die Zahl der in solcher Weise lediglich als einzurechnende Vortheile zu bestimmenden Erwerbungen, wie sich unter III ergeben wird, eine geringe.

In dem dargestellten Sinne wird im Folgenden, soweit das Bedürfniß besteht, zwischen Zuwendung und Einrechnung unterschieden werden. Ich stelle jetzt nach einander die sämmtlichen möglichen Formen einer Gewährung des Pflichttheils dar: dabei wird fortlaufend bei den einzelnen Formen gezeigt werden, wie diese sich zur Zuwendung des Pflichttheils — im Sinne der soeben begründeten Unterscheidung — eignen. Die Erörterung der lediglich einzurechnenden Erwerbungen ist eine so einfache, daß sie unter III nachgeholt werden kann. — Von einer „Anrechnung“ auf den Pflichttheil wird mehrfach, wo es die Bequemlichkeit des Ausdrucks wünschenswerth macht,

gesprochen werden, ohne daß das Wort eine Beziehung auf den erwähnten Gegensatz ausdrückte.

A. Erbeseinsetzung. Der Erblasser kann eine Zuwendung auf den Pflichttheil vor Allem durch Rechtsgeschäft auf den Todesfall machen. An eine einzelne Rechtsform ist er nicht gebunden, es bieten sich Erbeseinsetzung, Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall [11]). Die Erbeseinsetzung braucht nicht auf das Notherbenrecht Bezug zu nehmen; doch kann auf dieses hingewiesen, es kann namentlich geradezu auf den Pflichttheil eingesetzt werden [12]). Auch in diesem Falle liegt wahre Erbeseinsetzung vor, sofern nur der Wille gewiß ist, den Notherben zum Erben zu ernennen. Dieselbe hat keine eigenthümliche Natur, sie verweist auf die Grundsätze des Pflichttheilsrechts lediglich um den Umfang des Erbtheils zu bestimmen, daneben etwa noch zur Bezeigung des Willens, jedenfalls diesen Grundsätzen oder auch nur ihnen zu genügen. Es ist demnach unrichtig, wenn Glück dem in solcher Weise Eingesetzten die Anwachsung abspricht [13]).

Ohne Zweifel genügt ferner die Einsetzung auf eine bestimmte Summe oder Sache. Dies lehren die Aeußerungen, daß der Erblasser der Vorschrift des Pflichttheilsrechts nicht allein durch Erbeseinsetzung, sondern auch durch Vermächtniß oder Schenkung auf den Todesfall gerecht wird (Anm. 11); weiter zeugt dafür § 3 J. h. t., wo die Querel der Notherben allgemein ausgeschlossen

---

[11]) § 6 J. h. t. 2. 18. l. 33 pr. l. 36 pr. § 2 verglichen mit l. 30 pr. C. eod. l. 8 § 6 D. eod.

[12]) Bei der Querel finde ich nur wenige Hindeutungen auf diesen Fall. Vergl. § 7 J. h. t. 2. 18. l. 6. l. 8 pr. l. 33 pr. C. h. t. 3. 28. — Dagegen bietet sich beim Pflichttheilsrecht des Patrons eine lange Reihe von Anwendungen. Vergl. z. B. l. 21 § 2 D. de jure patron. 37. 14. l. 3 § 10. l. 5 pr. l. 19 § 1. l. 41. l. 44 pr. § 2. l. 50 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. l. 3 pr. D. si quid in fraud. patron. 38. 5.

[13]) Comment. VII S. 68 f. Glück bezieht sich auf l. 6 pr. D. de B. P. 37. 1: diese Stelle aber bezeugt lediglich eine Eigenthümlichkeit der auf die Hälfte des Nachlasses gestellten bon. poss. contra tabulas des Patrons (Schmidt, Pflichtth.-R. S. 41 bei Anm. 19. S. 88 bei Anm. 151). Ebensowenig spricht für Glück die (übrigens nicht von ihm angerufene) l. 21 § 2 D. de jure patron. 37. 14; sie enthält nur den Satz, daß der zur bon. poss. *secundum* tabulas berechtigte Patron nicht die bon. poss. *contra* tabulas durch Anwachsung erlangen kann (vergl. Schmidt S. 41 Anm. 18). — Ueber eine andere angebliche Eigenthümlichkeit der vorliegenden Erbeseinsetzung, die — gleichfalls ohne Grund — von Mühlenbruch behauptet wird, vergl. oben § 38 bei Anm. 2. (S. 294.)

wird, si — quantacunque pars hereditatis *vel res* eis fuerit relicta [14]). Entspricht es doch dem Wesen des materiellen Notherbenrechts, daß auch die Erbeseinsetzung des Pflichttheilsberechtigten nur in ihrer Bedeutung als Bedenkung aus dem Nachlaß in Frage kommt. Darum war der Pflichttheilsberechtigung des Patrons Genüge gethan, wenn auch nur ein Gewaltuntergebener desselben zum Erben eingesetzt war [15]). Und umgekehrt hat aus jenem Grunde eine Einsetzung auf Nichts vor den Vorschriften jenes Notherbenrechts keine Bedeutung, wohl aber ist die Querel ausgeschlossen, wenn neben dieser Einsetzung eine andere rechtlich zulässige Zuwendung auf den Pflichttheil vorliegt [16]). Daß schon nach dem Recht des Codex die Einsetzung mit fideicommissarischer Auflage der späteren Herausgabe an einen Dritten, damit die Beschränkung des Notherben auf die Früchte der Zwischenzeit zwar (wie früher) als an sich unzulässig behandelt, aber durch verhältnißmäßige Beseitigung der Beschwerung aufrecht erhalten wird, ist bei der Lehre von der unzulänglichen Zuwendung des Pflichttheils zu besprechen (§ 44).

B. Das Vermächtniß ist zulässige Zuwendung auf den Pflichttheil nicht allein dann, wenn neben ihm eine Erbeseinsetzung oder eine sonstige Form der Hinterlassung steht, sondern auch wenn dasselbe als die einzige Bedenkung des Notherben auftritt [17]). Auch hierin gelten die gleichen Grundsätze bei der Pflichttheilsberechtigung des Patrons [18]). — Selbstverständlich muß den Vorschriften des formellen Notherbenrechts genügt sein, wenn der Pflichttheilsberechtigte an dessen Vortheilen Theil hat: dies gilt auch bei den weiteren demnächst zu erörternden Zuwendungsformen. Den Satz, daß das unter

[14]) Gegen eine ältere abweichende Ansicht Arndts S. 615 bei Anm. 242.

[15]) Ausreichende Erbeseinsetzung des Patrons schließt die bon. poss. contra tabulas aus: l. 3 § 10. l. 19 § 1. l. 20 pr. D. de bon. libert. 38. 2. Das Gleiche aber gilt, wenn neben demselben oder auch ausschließlich sein Sclav eingesetzt ist: l. 45. l. 50 pr. § 1. 2 D. eod. l. 21 § 1 D. de jure patron. 37. 14, — oder sein Haussohn: l. 50 § 2 D. cit. Vergl. Schmidt a. a. O. S. 72 f.

[16]) Vergl. Mühlenbruch S. 320 f.

[17]) § 6 J. h. t. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit: *sive* jure hereditario *sive jure legati vel fideicommissi* —. l. 33 pr. C. eod.: — *sive* in hereditate *vel* in legato *vel* in fideicommisso. l. 30 pr. C. eod. — et aliquam eis quantitatem in hereditate *vel* legato *vel* fideicommisso — reliquerint.

[18]) l. 3 § 15. 16. l. 44 D. de bon. libert. 38. 2.

einer Bedingung oder Befristung hinterlassene Erbschafts- wie Einzelvermächtniß zu einer geeigneten Form der Hinterlassung gemacht wird, indem das Recht die Beschränkung verhältnißmäßig wegfallen läßt (l. 30 § 1 C. h. t. 3. 28), verweisen wir wieder in die Lehre von der unzulänglichen Zuwendung des Pflichttheils (§ 44).

C. Gleich dem Vermächtniß ist die diesem nah verwandte Schenkung auf den Todesfall als Art der Zuwendung des Pflichttheils anerkannt [19]).

Ich unterbreche hier vorerst die Besprechung der auf den Todesfall gemachten Zuwendungen. Gültige Zuwendungsformen sind zwar noch, wie ich annehme, die Berufung zum Erben durch Vulgarsubstitution und (bei Vorhandensein einer weiteren Zuwendung) die Anwachsung eines Erbtheils, allein diese erfordern wegen einer an sie anknüpfenden Streitfrage eine eingehende Untersuchung: um daher die Uebersicht der sämmtlichen Formen der Zuwendung zu erleichtern, setze ich jene beiden Fälle für die unten folgende Num. II aus. Daß die Pupillarsubstitution und die Leistung zur Erfüllung einer Bedingung nicht zur Zuwendung des Pflichttheils dienlich sind, zeige ich im § 40.

Ich betrachte demnach jetzt

D. die Gewährung des Pflichttheils durch Rechtsgeschäft unter Lebenden. Regel ist, daß die unter Lebenden gewährten Vermögensvortheile die Pflichttheilsberechtigung nicht berühren. Den ursprünglichen weiten Umfang der Regel bezeugen zwei Constitutionen von Alexander [20]). Wenn hier der vom Erblasser gegebenen Dos die Bedeutung einer Zuwendung auf den Pflichttheil abgesprochen wird, *quoniam vivente patre bonis ejus fuit separata*, so paßt diese Begründung allgemein auf die durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden vollzogenen Zuwendungen. In der That kennt das Pandektenrecht nur Eine wirkliche Ausnahme: als solche erscheint nach Ulp. l. 25 pr. D. h. t. die Schenkung unter Lebenden, sofern diese mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichttheil gemacht wird. — Wenn es in der Stelle heißt:

---

[19]) Vergl. namentlich l. 8 § 6 D. h. t. — Das im Text Gesagte trifft auch beim Pflichttheilsrecht des Patrons zu; es ist Zufall, daß die Quellen nur der Ergänzung durch Schenkung auf den Todesfall gedenken: l. 3 § 17 D. de bon. libert. 38. 2. Schmidt S. 72 f. in Anm. 121.

[20]) l. 1. 2 C. Greg. h. t. — Haen. col. 14 f.

— potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet *aut si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur:* aut certe conferri oportere id quod derelictum est, so haben ältere wie neuere Schriftsteller mit Recht die im Druck hervorgehobenen Worte als Einschiebsel der Compilatoren bezeichnet [21]). Die Annahme einer Interpolation liegt an sich nahe in Betracht von Justinian's Neuerung bezüglich der Ergänzungsklage (l. 30 C. h. t.), sie wird überdies durch die Construction des Fragments zur Gewißheit erhoben.

Unzweifelhaft geschieht der Pflichttheilsberechtigung Genüge, auch wenn die Schenkung die einzige dem Notherben gemachte Zuwendung darstellt [22]). Die Bestimmung aber, daß das Gegebene auf den Pflichttheil zugewendet werde, muß sofort bei der Vornahme der Schenkung getroffen werden [23]), sie ist auch nicht schon in dem Vorbehalt zu finden, daß das Zugewendete auf den Erbtheil angerechnet werde: daraus entsteht nur eine Verpflichtung zur Collation [24]).

Die dargestellte Behandlung der Schenkung unter Lebenden kehrt wieder im patronatischen Pflichtheilsrecht, wenn auch dort äußerlich nur von ihrer Anrechnung auf den Pflichttheil gesprochen wird [25]).

Die gleiche Function, wie sie soeben der Schenkung zugewiesen wurde, kann nach kaiserlichen Constitutionen den folgenden Bezügen des Notherben zukommen, die man mit Unrecht regelmäßig nur bei der Einrechnung in den Pflichttheil zur Sprache bringt: der von dem zu beerbenden Ascendenten gegebenen Dos oder Eheschen-

---

[21]) So die bei *Schulting*, not. ad Dig. h. l. Genannten, von den Neueren Francke S. 236 f. Windscheid III § 582 Anm. 6 im Eing. — Schwankend Mühlenbruch **35** S. 301 f.

[22]) § 6 J. h. t. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit: sive jure hereditario — vel si mortis causa ei quarta donata fuerit *vel inter vivos* in his tantummodo casibus, quorum nostra constitutio (l. 35 § 2 C. h. t.) mentionem facit. — Vergl. auch l. 35 § 2 C. cit.

[23]) § 6 J. h. t. 2. 18, verbunden mit l. 35 § 2 C. cit. Bas. **39. 1.** 21 schol. 1.

[24]) Vergl. das Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck vom 30. Juni 1859 bei Seuffert **14.** 151, — auch etwa das Erk. des O.-A.-G. zu Cassel vom 7. Nov. 1863, das. **18.** 97.

[25]) So Ulp. l. 3 § 18 D. de bon. libert. 38. 2.

kung[26]), — dem vom Erblasser gewährten käuflichen Dienste. Daß diese Bezüge auch zur Zuwendung des Pflichttheils genügen, im gegebenen Fall als einzige vorhandene Formen der Zuwendung ausreichen, ergibt sich schon aus der mehrfach betonten Gleichgültigkeit des Pflichttheilsrechts gegenüber der Art der Zuwendung[27]). Dazu kommen besondere Beweise. Der § 6 J. h. t. 2. 18 nennt neben den sämmtlichen bisher erörterten Formen, in welchen der Pflichttheil (quarta) zur Abwendung der Querel gewährt werden kann, die *alii modi, qui constitutionibus continentur:* dabei ist grade an die jetzt zur Untersuchung stehenden Fälle zu denken[28]). Von der Dos aber sagt es die l. un. § 12 C. de rei uxor. act. 5. 13 ausdrücklich, daß sie für sich allein zulängliche Zuwendungsform des Pflichttheils ist[29]).

Kurz zu berühren ist hier eine geschichtliche Frage. Als die Quelle des Satzes, daß die Dos eine Zuwendung auf den Pflichttheil begründet, wird regelmäßig die l. 29 C. h. t. (Zeno a. 479) bezeichnet[30]). Allein der Inhalt dieses Gesetzes ist einer solchen Annahme nicht günstig. Dasselbe bestimmt zunächst: weil von Leo die Collation der Eheschenkung nach dem Vorbilde der Collation der Dos vorgeschrieben sei (l. 17 C. de collat. 6. 20), so solle nun auch die Eheschenkung in den Pflichttheil eingerechnet werden. Sodann wird verordnet (bei Krüger § 1): wenn die Mutter oder wenn die väterlichen oder mütterlichen Großeltern zweiten oder dritten Grades für ein Kind eine Dos oder Eheschenkung bestellen, so sei diese bei der Beerbung des betreffenden Ascendenten nicht allein zu conferiren, sondern auch in den Pflichttheil einzurechnen. Hiernach scheint Zeno für die Beerbung des Vaters die Einrechnung der Dos in den Pflichttheil als bestehendes Recht vorauszusetzen, neues Recht nur in Bezug auf die in § 1 genannten Ascendenten zu schaffen. Auch die angeführte l. 17 C. von Leo (472) läßt keine Gewißheit über den Ursprung des Rechtssatzes gewinnen. Nach ihr

---

26) l. 29 C. h. t. 3. 28.

27) l. 30 § 2 C. h. t. l. 20 pr. C. de collat. 6. 20.

28) Die angerufenen Kaisergesetze sind die in den Anm. 26 und 27 bezeichneten. Vergl. *Schrader* ad § 6 J. cit. Mühlenbruch 35 S. 307.

29) l. un. § 12 C. cit.: — cum dos possit et de inofficioso actionem excludere, maxime si sufficit ad quartam —.

30) Glück VII S. 94 f. Anm. 38. Francke S. 236. Mühlenbruch 35 S. 302 f. Vergl. auch *Schrader* ad § 6 J. h. t.

soll fortan bei der gesetzlichen Erbfolge jeder Descendent die von dem zu beerbenden näheren oder entfernteren Ascendenten bestellte Dos oder Eheschenkung conferiren: sie ist das bekannte Gesetz, welches die bisherige Dotalcollation der Haustochter zu der angegebenen allgemeineren Collation erweiterte[31]); von der Einrechnung in den Pflichttheil spricht sie nicht. Nach allem dem steht nur soviel fest, daß in der Zeit von Alexander (l. 1. 2 C. Greg. de inoff. test. — vergl. Anm. 20) bis zu dem besprochenen Gesetz von Zeno bei dem vom Vater Namens der (gewaltunterworfenen oder emancipirten) Tochter bestellten Dos die Anrechnung auf den Pflichttheil zum Rechtssatz — gewiß mittelst kaiserlicher Verordnung — erhoben ist.

Noch ist die praktische Geltung des Satzes von der Eheschenkung und dem käuflichen Dienst zu prüfen. Bei der Ersteren ist überhaupt ihr Vorkommen im heutigen Recht, damit das Fortbestehen des Rechtsatzes über ihre Einrechnung in den Pflichttheil bestritten. Es wird vielfach angenommen, die beim römischen Institut geltenden Grundsätze seien auf die nach einheimischem Recht der Frau gegenüber dem von ihr in die Ehe Eingebrachten durch den Mann zugesicherte Widerlage — das Gegenvermächtniß — zu übertragen[32]). Dem darf nicht zugestimmt werden. Es ist oft genug von Lehrern des römischen wie des deutschen Rechts die völlig selbständige Natur der Widerlage betont worden: sollten wir auf diese das Recht der römischen donatio propter nuptias anwenden dürfen, so ließe sich die Berechtigung dazu nur auf einen Satz des Gewohnheitsrechts gründen. Ein solcher ist nicht erweislich[33]).

Von dem dem Notherben verschafften käuflichen Dienste sollte nach Justinian's Vorschrift in l. 30 § 2 C. h. t. 3. 28 der Werth zur Zeit des Todes des Erblassers bei der Berechnung des Pflicht-

[31]) Vergl. darüber Fein, Collation S. 199 ff. Leist, Forts. von Glück, Serie der Bücher 37 und 38 S. 238—242.

[32]) So Glück, Comment. 25 S. 310—319. Mittermaier, deutsch. Priv.-R. § 393 Num. II. Fein, Collation S. 262 f. Windscheid II § 508 a. E. — Aeltere Vertreter der Ansicht nennt Glück S. 309. 310.

[33]) Vergl. (außer älteren, bei Glück 25 S. 309 genannten Schriftstellern) Francke S. 238 in Verbindung mit Arch. f. civ. Prax. 26 S. 84. Mühlenbruch 35 S. 309 Anm. 22. Sintenis III § 131 und Text dazu, Arndts Pand. § 313 bei Anm. 1. Unger, österr. Erbrecht § 46 Anm. 4. Leist, Forts. III S. 433. — Beseler, deutsch. Priv.-R. Aufl. II § 138 unter III b. Gerber, deutsch. Priv.-R. § 239, besonders Anm. 7.

theils in Ansatz kommen. Dieser Satz steht im Einklang mit der Regel des § 38 (S. 235), wonach auch der Pflichttheil auf Grund des im gleichen Zeitpunkt vorhandenen Vermögensbestandes gewährt werden soll. Uebrigens ist die Bestimmung in Ansehung der militia ohne Zweifel unpraktisch, da wir Dienstverhältnisse der vorausgesetzten Art nicht kennen[34]).

E. Die hier erörterten Fälle eines durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zugewendeten Erwerbs sind die einzigen, welchen die Quellen die Bedeutung von Zuwendungen auf den Pflichttheil beilegen. Zwar ist mehrfach versucht, ihre Zahl zu vermehren, aber derartigen, meist schon von andrer Seite zurückgewiesenen Ausführungen ist durchweg zu widersprechen.

Wenn Glück[35]) die Schenkung unter Lebenden auch ohne bedungene Anrechnung in dem Falle hierher zieht, wo andern Kindern eine vom verstorbenen Ascendenten empfangene Dos oder Eheschenkung angerechnet wird, so ist damit ein zu conferirender Erwerb ohne Weiteres als Zuwendung auf den Pflichttheil aufgefaßt. Von einem solchen Verfahren aber muß grade bei l. 20 § 1 C. cit. der Umstand abhalten, daß noch im Principium der Stelle jener Schluß aus der gesetzlichen Collationspflicht auf die Anrechnung beim Pflichttheil als unzulässig bezeichnet wird[36]).

Eine Ansicht, die schon früher, wenn auch nur in allgemeinen Ausdrücken, in der Theorie angeschlagen war[37]), — die Meinung, als Zuwendung auf den Pflichttheil dürfe behandelt werden, was der Erblasser dem Notherben zur Einrichtung eines eignen Hausstandes, zur Begründung einer selbständigen Lebensstellung gegeben hat (subsidium paternum), — ist in neuester Zeit in bedingter Fassung in einem Erkenntniß des O.-A.-G. zu Oldenburg von 1870[38]) näher ausgeführt. Die Grundlage der Entwicklung bildet die gewiß richtige Annahme, daß nach einheimischem Recht das subsidium paternum conferirt werden muß[39]), so namentlich — was die vorliegende

[34]) Fein a. a. O. S. 263. Francke S. 238. Vergl. auch Mühlenbruch S. 303 f.

[35]) Commentar VII S. 95.

[36]) Vergl. Francke S. 239—241. Mühlenbruch 35 S. 305—307. Arndts S. 612 Anm. 231.

[37]) Von ihr spricht Francke S. 241.

[38]) Mitgetheilt in zwei Stücken bei Seuffert, Arch. 25. 249. und 251.

[39]) Das Verdienst, diesen Satz aus den Quellen des einheimischen Rechts eingehend begründet zu haben, gebührt Leist, Forts. III S. 299—334. S. 406—433.

richterliche Entscheidung veranlaßt hat — die deutsche Aussteuer (Heirathsgut). Genauer angesehen soll man dabei nicht von einem eigentlichen Conferendum zu reden haben, sondern von einem Vorempfang: der deutsche Rechtssatz soll davon ausgehen, daß der, welcher seinem Descendenten eine solche Versorgung gewährt, dies (präsumtiv) nur mit Rücksicht auf den Erbfall will, und daß der Descendent die Versorgung in diesem Sinne annimmt. Indessen besagen Sitte und Recht nur, daß das Heirathsgut (von diesem redet der hier in Betracht kommende Schluß der Entscheidung Num. 249 allein) auf den Erbtheil gegeben sei: beschränke später der Geber den Empfänger auf den Pflichttheil, so sei es lediglich Thatfrage, ob er die Anrechnung des Empfangenen beibehalten, oder neben der Beschränkung auf den Pflichttheil die Collation wegfallen lassen wolle. Die Möglichkeit einer solchen nachträglichen Anordnung der Einrechnung in den Pflichttheil wird gegenüber der anerkannten Regel, daß die Anordnung sogleich bei der Hingabe zu erfolgen hat[40]), so gerechtfertigt (Num. 251): das Heirathsgut werde gegeben und angenommen als Abschlagszahlung auf den dereinstigen Erbtheil, also mit der Verpflichtung zur Collation. Hinsichtlich der mit einer solchen Auflage fortgegebenen Werthe aber müsse der Erblasser noch im Testament die Einrechnung in den Pflichttheil anordnen können; der Erbe sei auf den Betrag des Vorempfangs wirklich honorirt, also könne der Erblasser verfügen, er solle nur den Pflichttheil erben und dabei das, was er auf seinen Erbtheil erhalten, anrechnen.

Unleugbar ist die Entscheidung klar gedacht und tüchtig begründet. Dennoch läßt sie sich, wie ich überzeugt bin, nicht halten. Daß das deutsche Recht das subsidium paternum als Vorempfang auf den Erbtheil behandelt, demgemäß nach dem Werth zur Zeit der Hingabe bemißt, ist zuzugeben[41]), auch läßt sich geschichtlich der Grund davon in der Erwägung finden, daß von den Betheiligten meist eine vorweg auf den Erbtheil zu machende Leistung beabsichtigt wird. Allein vom Standpunkt des fertigen Rechtssatzes darf man nicht mit einem solchen präsumtiven Parteiwillen operiren, um daraus im einzelnen Fall die Zulässigkeit einer nachfolgenden engeren Begrenzung

---

[40]) Vergl. das oben bei Anm. 23 bezüglich der Schenkung Bemerkte.

[41]) Darüber Leist a. a. O. S. 308 f. S. 312 f. S. 318 f.

der Willenserklärung abzuleiten: der Rechtssatz als solcher leitet seine Geltung lediglich aus der ihm von der erzeugenden Rechtsquelle beigelegten verbindlichen Kraft her. — Ferner begründet aber auch das subsidium paternum, wie die Urtelsverfasser selbst annehmen, nur eine Anrechnung auf den Erbtheil, nicht eine solche auf den Pflichttheil. Wäre also auch, was ich soeben bestritt, von der einen Vorempfang auf den Erbtheil bezweckenden Willensbestimmung der Parteien auszugehen, so müßte doch dem Geber die Befugniß abgesprochen werden, den Vorempfang nachträglich in eine Einrechnung auf den Pflichttheil umzuwandeln. Daß das nicht statthaft sein kann, zeigt eine einfache Erwägung. Es darf durchaus nicht für alle Fälle gesagt werden, das Kind würde den Vorempfang auch dann angenommen und zu dem von beiden Theilen in's Auge gefaßten Zwecke (z. B. zur Beschaffung einer besonders reichhaltigen Aussteuer) verwendet haben, wenn ihm bekannt gewesen wäre, daß ihm damit der nach den engen Grenzen des Pflichttheils bemessene Erbtheil oder doch eine Zuwendung auf denselben zukomme. Und doch ist die vom Oldenburger Erkenntniß angenommene Willenserklärung, wie sie dem subsidium paternum zu Grunde liegt, eine zweiseitige; daher darf auch für die Folgezeit der Wille des Kindes nicht außer Betracht gelassen werden[42]).

Noch auf einem andern Punkte hat man den Grundsätzen von der Collation einen ungehörigen Einfluß auf unsre Lehre einräumen wollen: man wollte dem Enkel auf den Pflichttheil anrechnen, was für seinen verstorbenen Erzeuger Zuwendung auf den Pflichttheil und Conferendum war. Und doch kommen im materiellen Notherbenrecht nur Zuwendungen in Betracht, welche dem einzelnen Notherben selbst auf seinen Pflichttheil gemacht werden[43]).

---

[42]) Was insbesondere den im Erkenntniß in's Auge gefaßten Fall der Aussteuer betrifft, so wird sich deren Anrechnung auf den Pflichttheil nur insoweit rechtfertigen lassen, als dieselbe nach den Grundsätzen von der Dos zu behandeln ist. Wo der Aussteuer gegenüber der römischen Dos eine selbständige Natur zukommt — und einen solchen Rechtszustand setzen die Urtelsverfasser voraus —, ist die Anrechnung zu bestreiten. Daran vermag auch eine Zurhülfenahme des Begriffs des subsidium paternum nichts zu ändern; denn Letzteres hat nur Bedeutung für die Collation, nicht für die Anrechnung auf den Pflichttheil.

[43]) Aeltere Litteratur bei Francke S. 242. In der neueren Spruchfällung ist die hier zurückgewiesene Ansicht zur Geltung gekommen im Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck vom 28. Februar 1825 bei Seuffert 7. 75. Für die Auffassung unsres

Nur eine einzelne Stimme (Schweppe) hat den Ausspruch Justinian's über die militia auf Alles übertragen wollen, was zum Ankauf einer käuflichen Sache gegeben ist. Dies hat bereits Francke[44]) widerlegt.

II. Oben bei der Besprechung der möglichen Zuwendungen auf den Pflichttheil durch Rechtsgeschäft auf den Todesfall wurde die Erörterung des Erwerbs eines Erbtheils durch Substitution oder Anwachsung ausgesetzt: beide jetzt zu betrachtende Fälle sind wegen eines auf den einen wie andern bezüglichen Ausspruchs der Quellen mit einander zu verbinden. Ich will von vorn herein an dieses äußere Zeugniß — die l. 36. pr. C. h. t. 3. 28 von Justinian — anknüpfen; zwar redet dasselbe nur vom Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils, allein sein Inhalt ist für die Untersuchung in deren ganzem Umfange an erster Stelle maßgebend.

Justinian will eine Entscheidung darüber treffen, ob die durch seine l. 30 C. h. t. begründete Ergänzungsklage auch dann stattfindet, wenn die auf den Pflichttheil unter Lebenden oder auf den Todesfall geschenkte oder auch durch Testament zugewendete Sache dem Notherben entwehrt wird, — wenn Vermächtniß oder Schenkung auf den Todesfall der Falcidischen Quart unterliegt. Die Anwendung des Falcidischen Gesetzes schließt er aus, bei gänzlicher oder theilweiser Entwehrung aber soll eine andere Sache oder Geld gewährt oder das Entzogene ergänzt werden. Demnach soll gleichmäßig nur Ergänzung beansprucht werden können, mag von Anfang an zu wenig geleistet sein oder mag nachträglich ein äußerer Umstand eine Schmälerung der Zuwendung (aliquod gravamen — vel in quantitate vel in tempore) erzeugt haben. An diese Bestimmung schließen sich die Worte:

— Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est *vel ex substitutione vel ex jure adcrescendi, puta usus fructus:* humanitatis etenim gratia sancimus ea quidem omnia quasi jure adventicio eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiae fieri.

Diese Aeußerung, namentlich der hier im Druck hervorgehobene Ausspruch über den Erwerb aus Substitution und Anwachsung, hat die verschiedensten Deutungen erfahren: ich will nur die folgenden

Textes sind die Erkk. des O.-A.-G. zu Celle vom 16. Januar 1849 und des O.-A.-G. zu Oldenburg vom 1. Juli 1874 (Seuffert 8. 69. 29. 252).

[44]) Notherbenrecht S. 36.

nennen. Nach Donell[45]) wäre bei der „Substitution" nur an die Anordnung eines Fideicommisses, bei der Anwachsung nur an einen vermachten (schon erworbenen) Nießbrauch zu denken. Der erste Theil dieser Ansicht, gegen den sich seit lange die herrschende Lehre mit Recht erklärt hat, verleiht dem Ausdruck „substitutio" einen Sinn, der ihm kaum einmal in den Quellen zukommt, — der zweite Theil übersieht es, daß der anwachsende Nießbrauch nur als Beispiel („puta") genannt wird. — Von den Neueren nimmt Arndts[46]) die Erwähnung der Substitution und Anwachsung ganz allgemein, so daß auch die auf jenen Wegen zufallenden Erbtheile unter diesen Ausdrücken begriffen wären. Dieser Ansicht stellen sich die Gründe entgegen, die wir unten für die Beschränkung auf Vermächtnisse beibringen. — Brinz[47]) beschränkt gleich Donell die Anwachsung auf den anwachsenden Nießbrauch, in der Substitution sieht er die pupillaris. Ist hier auch soviel zuzugeben, daß die Pupillarsubstitution nicht als Zuwendung auf den Pflichttheil gelten darf, so ist doch eben so gewiß zu bestreiten, daß Justinian mit dem bloßen Ausdruck „substitutio" das sonst nirgends im Gesetz berührte Pupillartestament hätte bezeichnen wollen. Ferner gelten auch gegen Brinz die unten auszuführenden Gründe für die Beziehung der Ausdrücke „substitutio" und „jus adcrescendi" auf Fälle der Sondernachfolge. — Der Ansicht von Brinz steht die von Windscheid[48]) sehr nahe. Letzterer fügt zum anwachsenden Nießbrauch die dem Grundstück zuwachsende Alluvion hinzu: aber liegt nicht dort juristische, hier körperliche Accession vor, und dürfen wir uns zwei so verschiedenartige Formen des Rechtserwerbs unter der knappen Bezeichnung „jus adcrescendi" begriffen denken? Die „substitutio" soll auch nach Windscheid die pupillare sein; nach ihm aber wäre diese nur insoweit keine Zuwendung auf den Pflichttheil, als nicht damit ein Erwerb von Theilen des Vermögens des Erblassers verbunden wäre. Auch auf diesem Punkte können wir Windscheid nicht folgen; unser Widerspruch soll im § 40 begründet werden.

Im Gegensatz zu den besprochenen Auffassungen folgen wir der durch Francke[49]) begründeten Ansicht. Diese hat sich an erster Stelle

---

[45]) Comment. de jure civ. lib. 19 c. 4 n. 35.

[46]) Civ.-Schriften II S. 612 Anm. 228. S. 615 bei Anm. 241.

[47]) Abth. II § 202 S. 848.

[48]) Pand. III § 581 Anm. 7 und 8.

[49]) Recht der Notherben S. 232—234. Francke folgen Mühlenbruch 35

darauf zu stützen, daß Justinian überall nur von Zuwendungen bestimmter Sachen redet und von Zuwendungen durch Vermächtniß und Schenkung: danach lassen sich auch die von außen herzutretenden Erwerbungen aus Substitution oder Anwachsung nur auf den in solcher Weise vermittelten Erwerb im Gebiet der Vermächtnisse und (was die Anwachsung angeht) etwa noch der Schenkungen auf den Todesfall beziehen. Besonders klar tritt diese Beschränkung bei der Anwachsung hervor: einmal deutet hier das einzige vom Gesetz genannte Beispiel des Nießbrauchs auf jene vorher genannten Titel eines Einzelerwerbs hin, und sodann sieht man sich doch auch wegen der näheren Bestimmung der Anwachsung, da diese ihrem Wesen nach nur Erweiterung eines ursprünglichen Erwerbs ist, auf jene voraufgehenden Aeußerungen des Gesetzes angewiesen. Hat aber damit unsre Auffassung beim Fall der Anwachsung eine festere Stütze am Inhalt des Gesetzes gewonnen, so muß dies auch zur Bestärkung der auf die Substitution bezüglichen Annahme dienen.

Zu dem gleichen Ergebniß führt die Betrachtung der Natur der vorliegenden Vorschrift. Der Kaiser betont mit Recht, daß es sich bei der Ergänzung des Pflichttheils (und Gleiches ist von aller Zuwendung auf diesen zu sagen) nur um Erwerbungen aus dem erblasserischen Vermögen selbst handeln kann (ex ipsa substantia patris), nicht um Vortheile, die aus andern Quellen fließen, — ex aliis causis. Dabei ist es aber eine handgreiflich unrichtige Bestimmung, wenn der Erwerb aus Substitution und Anwachsung den aliae causae zugerechnet wird. Mag man immer mit Francke sagen, der Kaiser habe mittelst der Erwähnung jener beiden Erwerbsgründe solche Zuwendungen auszeichnen wollen, die vom Erblasser vorzugsweise einem Andern als dem Notherben zugedacht waren, wahr bleibt es, daß beide Male dem Berechtigten lediglich Theile des Nachlasses (also der substantia testatoris) zufallen. Demnach ist mit Bestimmtheit zu sagen, daß Justinian's Ausspruch ein regel-

---

S. 294—300. Sintenis III § 196, Text bei Anm. 10. Vangerow II § 476 Anm. 2. — An einer andern Stelle (S. 328—330) findet Mühlenbruch noch ferner in dem „non si quid ex aliis causis filius lucratus est" der l. 36 pr. C. cit. einen Hinweis darauf, daß der Pflichttheil nicht mittelst des Erwerbs durch Fruchtgenuß, im Gegensatz zur „substantia patris" gewährt werden dürfe. Ich halte es für sehr fraglich, ob man diesen zweiten Gedanken in der Stelle finden darf. Vergl. unten § 44 unter II, Text hinter Anm. 10.

widriger ist, und dies muß uns abhalten, ihn über das Gebiet hinaus auszudehnen, auf das die Worte des Gesetzes hinweisen.

Die soeben dargelegte Auffassung wird bestätigt durch eine Vergleichung des patronatischen Pflichttheilsrechts. Ich gehe auf dieses um so mehr ein, als auf die bei demselben ausgebildeten Grundsätze demnächst bei der Erörterung des besonderen Falles der Substitution (unter A.) Rücksicht genommen werden muß. Die bon. poss. contra tabulas wird dem Patron deferirt, sobald auch nur Ein Testamentserbe die Erbschaft angetreten hat[50]). Wie nun, wenn der Patron einem auf die Hälfte des Vermögens eingesetzten Erben substituirt ist, der Eingesetzte aber deliberirt, während ein neben ihm gerufener Erbe bereits erworben hat? Hier gewährt Julian, dem Papinian stillschweigend beipflichtet, dem Patron sofort die contra tabulas bon. possessio: wird dann aber nachträglich die Substitutionsportion dem Patron in Folge des Nichterwerbs des an erster Stelle zu derselben gerufenen Erben deferirt, so erhält derselbe seinen Pflichttheil noch immer auf Grund des Testaments, die ertheilte bon. poss. contra tabulas wird jetzt als secundum tabulas behandelt[51]). Die Entscheidung führt für unsern nächsten Zweck, die Auslegung der l. 36 pr. C. cit., zu folgendem Ergebniß. Die substitutionsweise Einsetzung wird von den genannten Juristen als geeignetes Mittel betrachtet, dem Patron den Pflichttheil zuzuwenden, und das wird in l. 43 cit. als so selbstverständlich behandelt, daß eine Begründung überall nicht unternommen wird. Glaublich ist es nun zwar, daß man den nämlichen Grundsatz da zur Anwendung brachte, wo der Pflichttheil nachträglich dem Patron als Substituten eines Vermächtnißnehmers angeboten, oder wo eine ihm selbst gemachte Vermächtnißzuwendung durch Anwachsung des in erster

---

[50]) l. 3 § 5 D. de bon. libert. 38. 2.

[51]) So die hier mitzutheilende wichtige l. 43 D. eod. Julianus putat patronum, qui Titio pro parte dimidia heredi instituto substitutus eo deliberante bonorum possessionem contra tabulas accepit, si postea Titius non adierit hereditatem, nihil ei, qui adit hereditatem, abstulisse, non magis quam si sub condicione fuisset institutus. igitur Titio deliberante res in incerto erit, utrum semis ex substitutione in possessionem [ex possessione in substitutionem? *Ad. Schmidt*, v. et ed. *Momms.*] convertatur an Titio adeunte singulis heredibus partes debitae auferantur. Die vorstehend angedeutete Aenderung des Textes ist nicht abzulehnen. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 76 Anm. 127. Wegen anderer bedingter Einsetzung des Patrons vergl. einstweilen l. 3 § 11. 12 D. eod.

Linie einem Collegatar zugedachten Theils ergänzt wurde; indessen fehlt es meines Wissens an einer Entscheidung dieser Frage[52]).

Mit Hinblick auf diese beim Pflichttheilsrecht des Patrons geltenden Grundsätze darf behauptet werden, daß auch vom Standpunkt der uns überlieferten Auffassung der römischen Jurisprudenz Justinian's Anordnung in l. 36 pr. C. cit. eine regelwidrige ist. Indessen gewährt die l. 43 cit. unsrer Ansicht nicht allein insofern eine Stütze, als wir oben um der behaupteten Singularität willen der Ausdehnung jener Anordnung über das aus den Worten des Gesetzes sich ergebende Gebiet hinaus widersprachen; vielmehr bietet uns die Stelle bei Berücksichtigung des Zusammenhangs unter den einzelnen Theilen von Justinian's Gesetzgebung noch einen weiteren Beweisgrund. Innerhalb der Letzteren bildet die l. 43 cit. ein positives Zeugniß dafür, daß die Erbeseinsetzung des Notherben durch Substitution Zuwendung des Pflichttheils sein kann; auch ist aus ihr der gleiche Satz bezüglich des anwachsenden Erbtheils zu folgern. Dagegen fehlt es, wie bemerkt wurde, an einer ausdrücklichen Bestimmung des patronatischen Pflichttheilsrechts, welche das Gleiche für die Substitution und Anwachsung beim Vermächtniß ausspräche. Sonach ist eine Vereinigung der l. 43 D. cit. und der l. 36 pr. C. cit. zu gewinnen, indem man für den durch Substitution oder Anwachsung zufallenden Erbtheil in der ersten, für das auf gleichem Wege erworbene Vermächtniß in der zweiten Stelle die maßgebende Rechtsregel anerkannt findet.

Nach dem Bisherigen betrachte ich den allgemeinen Satz als ausgemacht, daß die Erbesernennung durch Substitution wie die Anwachsung eines Erbtheils zur Gewährung des Pflichttheils wohl geeignet sind. Es bedarf jetzt noch einer näheren Bestimmung des Satzes, soweit er sich auf die Substitution bezieht, und zwar nach der Seite hin, wo Letztere als Zuwendung des Pflichttheils, demnach als Mittel zur Abwendung der Querel erscheint. Hiervon unter A.; über die Anwachsung sind dann unter B. einige Worte anzuschließen.

A. Die Querel ist, wie wir wiederholen, zwar bedingt dadurch, daß dem Notherben der Pflichttheil — nach dem Recht der l. 30

---

[52]) In l. 20 § 2. 3 D. de bon. libert. 38. 2 wird zwar von einem dem Patron und einem Dritten conjunctim ausgesetzten Erbtheil oder Vermächtniß gehandelt, aber auf die Frage der Anwachsung wird nicht eingegangen.

C. h. t. eine Zuwendung auf den Pflichttheil — nicht gewährt ist, gefordert aber wird mit der Klage der volle gesetzliche Erbtheil. (Vergl. oben S. 303 f.) Nun entsteht die Querel mit der Antretung der Erbschaft durch den eingesetzten Erben [53]), nicht allein weil bis dahin die Möglichkeit gegeben ist, daß das Testament nicht Grundlage der Erbfolge wird, sondern hauptsächlich darum, weil erst mit dem Erbschaftserwerb die Kränkung des Notherben durch Ausschließung von der Erbschaft vollendet wird. Demnach erkennt man leicht, daß die substitutionsweise Einsetzung des Notherben unter bestimmten Voraussetzungen genügende Zuwendung des Pflichttheils, damit zur Abwendung der Querel geeignet ist. Tritt nämlich die Bedingung einer solchen Erbeseinsetzung vor dem Erwerb der Erbschaft durch die neben dem institutus gerufenen Testamentserben ein, so genügt jede Substitution, auch wo der zugedachte Erbtheil nicht den Pflichttheil deckt, es bleibt dann dem Notherben nur die Ergänzungsklage. Schwebt dagegen die Bedingung der Substitution noch beim Erwerb jener Testamentserben, so ist weiter zu unterscheiden. Eine Substitution, welche weniger gewährt, als den vollen gesetzlichen Erbtheil, ist nunmehr dem Notherbenrecht gegenüber ohne Wirkung. Denn das einmal in's Leben getretene, auf diesen Erbtheil gestellte Querelrecht kann nicht wieder dadurch aufgehoben werden, daß ein geringerer Erbtheil angeboten wird, als der mit der Klage in Anspruch zu nehmende. Deckt dagegen die Substitutionsportion den vollen gesetzlichen Erbtheil, so findet auch durch deren spätere Delation die Querel noch immer ihre Erledigung, so lange nicht rechtskräftig erkannt ist. Denn dann gewährt die Substitution dem Notherben die volle Erfüllung des mit der Querel zu verfolgenden Anspruchs [54]). Nach erkannter Rescission kann dem Notherben, wenn dieselbe nur eine theilweise ist, zwar noch immer aus der Substitution deferirt werden, aber er kann nicht wirksam aus dem Testament

---

[53]) Ulp. l. 8 § 10 D. h. t.: — quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella —. Dazu l. 36 § 2 C. eod.

[54]) Anders Arndts II S. 614 f. unter Num. 13. Er nimmt an, wenn nicht der Eingesetzte schon zur Todeszeit des Erblassers weggefallen sei, so komme die Vulgarsubstitution als Zuwendung des Pflichttheils nicht in Betracht; darum sei dem nur als Substitut Eingesetzten, sonst aber nicht Bedachten kein Theil des Pflichttheils hinterlassen. Arndts gründet diese Ansicht auf die oben besprochene l. 36 pr. C. cit.; von dieser aber mußten wir behaupten, daß sie sich auf Erbschaftserwerb aus Substitution nicht beziehe.

erwerben. Davon im § 41 unter I. A.; die übrigen entwickelten Sätze sind jetzt noch gegen einige Zweifel zu sichern.

Vor Allem stehen dieselben völlig im Einklang mit der oben (S. 317) besprochenen l. 43 D. de bon. libert. 38. 2. Im Fall der Stelle war die Substitution des Patrons auf die Hälfte der Erbschaft gestellt: diese Hälfte bildet nach Pandektenrecht gleichmäßig den dem Patron zur Abwendung der bon. poss. contra tabulas zu hinterlassenden Pflichttheil und den mittelst jener *bon. possessio* zu erlangenden Erbtheil. Fehlt es demnach beim patronatischen Pflichttheilsrecht gänzlich an der bei der Querel der Verwandten wahrnehmbaren Steigerung des Pflichttheils zu einem anders bemessenen Erbtheil, so versteht es sich von selbst, daß auch nach erbetener *bon. poss. contra tabulas* der Anspruch des Patrons, wie das l. 43 cit. besagt, voll befriedigt wird, sobald diesem auf Grund der Substitution der Pflichttheil deferirt wird. Das patronatische Pflichttheilsrecht dient in diesem Punkte nicht der Querel, sondern der unten zu besprechenden Ergänzungsklage zum Vorbild.

Erheblichere Zweifel entstehen nach einer andern Seite hin. Vom Standpunkt des Rechts der Querel kann gefragt werden, ob nicht der Zeitpunkt, mit welchem der Anspruch des Notherben unabänderlich den vollen gesetzlichen Erbtheil zum Inhalt nimmt, schon auf den Augenblick des Todes des Erblassers anzusetzen ist. Dafür scheinen folgende Umstände zu sprechen. Zunächst ist oben gezeigt (§ 36 III), daß für die Bestimmung der Person, welcher beim einzelnen Erbfall nächste Pflichttheilsberechtigung zukommt, jene Todeszeit maßgebend ist. Weiter berechnet sich nach derselben Zeit, also nach dem Umfang des Vermögens beim Ableben des Erblassers, die Größe des Pflichttheils[55]). Endlich kann nicht bezweifelt werden, daß der Notherbe schon von eben jenem Zeitpunkt an und vor allem Erwerb des Testamentserben die Querel präpariren, insbesondere auch die bon. poss. litis ordinandae gratia nachsuchen kann[56]). Dieser letzte Satz wird an späterer Stelle (§ 56 unter II)

---

[55]) l. 6 C. h. t., womit zu vergleichen l. 30 § 2 C. eod. l. 20 C. de collat. 6. 20. (Vergl. § 38 S. 295.)

[56]) Vergl. l. 34 C. h. t. verb. — nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel praeparata —. l. 36 § 2 in f. C. eod. — In medio tamen, id est a morte quidem testatoris, ante aditam autem hereditatem, etsi decesserit filius, hujusmodi querellam, licet non se praeparaverit, ad suam

noch ausgeführt werden. Deuten nun nicht alle diese Momente darauf hin, daß auch die Aufnahme des vollen gesetzlichen Erbtheils in den Pflichttheilsanspruch auf die Todeszeit zu verlegen ist? Bei näherer Erwägung schwindet das Gewicht jener Rechtssätze. Der erste und zweite erklären sich daraus, daß das Notherbenrecht an den Erblasser das Ansinnen stellt, dem Pflichttheilsberechtigten einen bestimmten Theil seines Vermögens zu hinterlassen: eben darum konnte keine spätere Zeit als die seines Todes für die Feststellung der Person des Berechtigten wie der Größe des Pflichttheils entscheidend sein. Insbesondere war zu erwägen, was den Umfang des Pflichttheils betrifft, daß dieser nicht blos durch Erbeseinsetzung, sondern ebenso durch Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall u. s. f. zugewendet werden kann: zu diesen Formen paßt der ungewisse und schwankende Zeitpunkt des Erbschaftserwerbs nicht. Daß endlich die Präparation der Querel vom Tode des Erblassers an gestattet wird, erklärt sich aus dem Bedürfniß der Sicherung des Pflichttheilsanspruchs für den Erben des Berechtigten: grade damit wird sie in l. 34. l. 36 § 2 C. h. t. (Anm. 56) in Verbindung gebracht.

Lassen sich hiernach die angegebenen Sätze durchweg auf bestimmte ihnen eigenthümliche Gründe zurückführen, so dürfen wir ihnen auch alle Bedeutung absprechen gegenüber der schon oben betonten, für unsre gegenwärtige Untersuchung besonders wichtigen Thatsache, daß die Querel erst mit erfolgtem Erbschaftserwerb begründet ist. Es ist nicht wohl denkbar, daß nicht noch immer der (bloße) Pflichttheil wirksam sollte gewährt werden können, so lange ein Klagrecht auf den gesetzlichen Erbtheil noch nicht vollständig zur Entstehung gelangt ist.

Ohne Bedeutung scheinen mir auch in diesem Falle die Grundsätze über die patronatische Pflichttheilsberechtigung nicht zu sein, wenngleich bei dieser der angegebene Wechsel im Gegenstande nicht vorkommt. Auch hier bestimmt sich, wie schon im § 36 unter III (bei Anm. 29) hervorgehoben wurde, die Person des im einzelnen Fall Berechtigten nach dem Moment des Todes des Erblassers. Ebenso wird die Größe des Pflichttheils nach diesem Zeitpunkt bemessen[57]).

---

posteritatem transmittet, *ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciat praeparationem.*

[57]) Ulp. l. 3 § 20 D. de bon. libert. 38. 2: Debitam autem partem eorum,

Nur an einem Rechtssatz fehlt es, wonach der Patron seinen Erben vor der Antretung der Testamentserben die bon. poss. contra tabulas hätte sichern können: das Bedürfniß einer solchen Bestimmung machte sich hier wohl nicht fühlbar, da der Patron in der assignatio liberti das Mittel besaß, wenigstens innerhalb der Grenzen seiner rechtmäßigen Descendenz über die Erbberechtigung am Nachlaß des Freigelassenen Verfügung zu treffen[58]). Ungeachtet jener beiden ersten, mit dem gemeinen Pflichttheilsrecht übereinstimmenden Sätze nun wird die bon. poss. contra tabulas nicht deferirt, so lange die Erbschaft nicht angetreten ist[59]), und es wird ausdrücklich bezeugt, daß die bedingte Einsetzung des Patrons auf den Pflichttheil es gar nicht zur Delation der contra tabulas kommen lasse, sofern nur die Bedingung vor dem Erwerb der (übrigen) eingesetzten Erben eingetreten sei, geschähe dies auch erst nach dem Tode des Erblassers[60]). Das gilt also insbesondere von der Bedenkung durch Substitution. Diese Bestimmungen unterstützen die obigen Ausführungen über das Recht der querella inofficiosi mindestens insoweit, als sie unsre Behauptung bestätigen, daß man auf die einzelnen den Zeitpunkt des Todes des Erblassers betonenden Rechtssätze kein Gewicht legen darf.

Im Zusammenhang mit der jetzt abgeschlossenen Untersuchung über die Gewährung des Pflichttheils durch Substitution steht die Frage nach den Schicksalen derjenigen Substitutionsportion, deren Delation an den Notherben nach dem zuletzt Erörterten die Durchführung der Querel nicht zu hindern vermag. Indessen bleibt dieser Punkt besser bis auf den § 41 ausgesetzt, da es wünschenswerth ist, ohne Unterbrechung durch die Prüfung solcher Nebenfragen den im gegenwärtigen § 39 betrachteten Formen zulässiger Zuwen-

quae cum moritur libertus habuit, patrono damus: mortis enim tempus spectamus. — l. 26. l. 35. l. 44 § 2 D. eod.

58) Vergl. l. 1 pr. § 3. 4. l. 3 § 1. 2. 4. l. 7 D. de assign. libert. 38. 4. Dazu Kuntze, Cursus § 804.

59) l. 3 § 5. 12 D. de bon. libert. 38. 2.

60) Ulp. l. 3 § 11. 12 D. eod. Si patronus sub condicione sit institutus (sc. ex debita portione) eaque condicio vivo testatore extitit, contra tabulas bonorum possessionem accipere non potest. (§ 12) Quid ergo, si mortis tempore pependit, extitit tamen, antequam patrono deferatur bonorum possessio, hoc est ante aditam hereditatem, *an invitetur ex hac parte edicti?* et magis est, ut aditae hereditatis tempus spectetur: hoc enim jure utimur. Näheres bei Schmidt a. a. O. S. 75.

dung des Pflichttheils zwei weitere Rechtsformen (im § 40) gegenüberzustellen, denen diese Bedeutung — wenn auch im Widerspruch mit einzelnen Rechtslehrern — abzusprechen ist. Es sind dies die Pupillarsubstitution und die Leistung zur Erfüllung einer letztwillig vorgeschriebenen Bedingung.

Dagegen ist hier eine andere Erscheinung, die sich gleichfalls mit der Substitution berührt, mit einigen Worten zu erledigen. Die Substitution macht, wie leicht begreiflich, eine Ausnahme von der später (im § 44) zu erörternden Vorschrift Justinian's, wonach die einer Zuwendung des Pflichttheils beigefügte Bedingung gestrichen werden soll, sie ist aber nicht die einzige Ausnahme. Eine zweite unmöglich wegzuleugnende ist die, wenn der Erblasser dem Notherben Behufs der Gewährung des Pflichttheils — durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder auf Todesfall — eine ihm selbst zustehende bedingte Forderung an einen Dritten überweist. Dem Schuldner kann hier selbstverständlich die Beseitigung der aufschiebenden Bedingung seiner Verbindlichkeit nicht zugemuthet werden. Ich möchte aber selbst den Fall hieher zählen, wo der Erblasser, ohne die Anrechnung auf den Pflichttheil vorzuschreiben, eine bedingte Verbindlichkeit durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden auf sich nimmt, welches nach Rechtssatz eine Zuwendung auf den Pflichttheil des Notherben begründet, z. B. durch ein an den Ehemann der Tochter abgegebenes bedingtes Dotalversprechen. Hier ist in gültiger Weise zunächst eine blos bedingte Verbindlichkeit begründet, und man würde, wie mir scheint, ohne ausreichenden Grund über den Inhalt der nur von letztwilligen Verfügungen redenden l. 32 C. h. t. 3. 28 hinausgehen, wenn man die Bedingung, sei es mit dem Tode des Erblassers, sei es mit dem Erbschaftserwerb der Testamentserben, als weggefallen behandeln wollte.

In allen solchen Fällen bedingter Forderungen nun erhebt sich abermals die Frage, ob damit gültige Zuwendungen auf den Pflichttheil gegeben sind. Die Antwort ist die gleiche, wie bei der Vulgarsubstitution: zu fragen ist auch hier zunächst, ob die Bedingung zur Zeit der Antretung der Testamentserben noch schwebt, — an zweiter Stelle, ob die Forderung der Höhe des gesetzlichen Erbtheils entspricht oder nicht.

B. Die Anwachsung kommt nach dem, was wir oben aus l. 36 pr. C. h. t. abzuleiten hatten, für die Gewährung des Pflicht-

theils nur in Betracht, sofern es sich um einen accrescirenden Erbtheil handelt. Aus ihrem Wesen folgt, daß sie als alleinige Zuwendung auf den Pflichttheil nicht begegnen kann, da sie eine zweite, mindestens begrifflich voraufgehende Zuwendung — hier eine Erbeseinsetzung — voraussetzt. Sehr wohl aber kann sie in Verbindung mit diesem ursprünglichen Erbtheil sich lediglich als Zuwendung auf den Pflichttheil darstellen. Sie hat nur diese Bedeutung, wenn der zweite Erbtheil vor entstandener Ergänzungsklage anwächst. Dies wird sich aus dem ergeben, was jetzt (unter III) über den Begriff der Einrechnung zu bemerken ist.

III. Kehren wir jetzt zu dem im Eingang dieses Paragraphen besprochenen Gegensatze einer Zuwendung auf den Pflichttheil und einer Einrechnung in diesen zurück. Auf die Einrechnung ist unter I und II bei der Darstellung der einzelnen möglichen Formen einer Gewährung des Pflichttheils keine Rücksicht genommen, während wir diese fortwährend vom Standpunkt der Frage beleuchtet haben, ob in ihnen geeignete Mittel für eine Zuwendung des Pflichttheils gegeben sind. Ein solches Verfahren darf deshalb als berechtigt bezeichnet werden, weil die Zahl der Erwerbungen, welche nicht mehr bei der Querel, sondern nur noch bei der Ergänzungsklage in Betracht kommen können, sonach im Sinne der von uns aufgestellten Unterscheidung nur als Einrechnungsposten zu behandeln sind, eine sehr kleine ist. Dies lehrt eine Erwägung des Zeitpunkts, von welchem ab lediglich von einer Einrechnung in den Pflichttheil zu reden ist. Dieser Zeitpunkt ist der des Erwerbs der Erbschaft durch den Testamentserben, und selbst von da ab ist ein noch jetzt dem Notherben aus der Erbschaft zufließender Vortheil nur unter der Voraussetzung ausschließlich für die Ergänzungsklage (nicht auch für die Querel) erheblich, wenn er nicht dazu führt, daß dem Notherben sein voller gesetzlicher Erbtheil zukommt.

Als Zuwendungen sind daher ohne Bedenken, auch beim Vorliegen einer voraufgehenden Zuwendung, nicht allein alle diejenigen auf den Pflichttheil anzurechnenden Vortheile zu bestimmen, welche dem Notherben schon im Augenblick des Todes des Erblassers in der Eigenschaft rechtlich vollendeter Erwerbungen zukommen, sondern auch alle Erwerbe aus dem Zeitraum zwischen jener Todeszeit und dem Erbschaftserwerb der Testamentserben. In die erste Classe fallen selbstverständlich die Vortheile, welche dem

Notherben durch Rechtsgeschäft unter Lebenden aus der Hand des Erblassers zufließen (die ihm zugewendete Dos, die unter Lebenden gemachte Schenkung mit bedungener Anrechnung), eben so aber auch der dem suus heres ohne Weiteres mit dem Tode des Erblassers zufallende Erbtheil aus dem Testament. Zu den Fällen der zweiten Classe sind zu rechnen: der ursprünglich bedingte Erwerb aus einem Rechtsgeschäft unter Lebenden, sofern die Bedingung sich vor der Antretung des Testamentserben erfüllt, — der dem Notherben ausgesetzte Erbtheil, den dieser vor dem Erbschaftsantritt der Miterben oder gleichzeitig mit diesen durch Antretung erwirbt. Nur Fälle dieser zweiten Classe können beim Vorhandensein einer früheren, ersten Zuwendung den Zweifel anregen, ob Zuwendungen auf den Pflichttheil oder in diesen einzurechnende Vortheile vorliegen. Dafür aber, daß man den Begriff der Zuwendung zur Anwendung bringe, sprechen gleichmäßig die Thatsachen,

a. daß alle diese Erwerbungen, wären sie auch die ersten, dem Notherben aus dem Vermögen des Erblassers zukommenden Vortheile, zur Abwendung der Querel geeignet sein würden, selbst wo sie nicht mehr als den Pflichttheil oder noch weniger gewähren,

b. daß die Ergänzungsklage vermöge ihrer Natur als Obligation des Testamentserben auf keinen Fall vor dessen Erbschaftsantritt entsteht. Kann also ein vor letzterem Zeitpunkt dem Testamentserben zugehender Erwerb im Augenblick seiner Entstehung nicht als (gänzliche oder theilweise) Erfüllung dieser Obligation gelten, so sind wir berechtigt, ihn als Zuwendung auf den Pflichttheil — wenn auch je nach den Umständen als zweite oder weitere Zuwendung — zu bestimmen.

Hieraus ergibt sich, daß die Zahl der Erwerbe, welche **lediglich für die Ergänzungsklage**, als Einrechnungsposten, in Betracht kommen, eine sehr kleine ist. Als solche sind unter der Voraussetzung einer schon vorhandenen ungenügenden Zuwendung zu betrachten: der Erbtheil, der erst nach erfolgtem Erwerb der Testamentserben auf Grund einer Substitution deferirt wird oder erst jetzt anwächst, — ferner die dem Notherben vom Erblasser durch letzten Willen hinterlassene bedingte Forderung an einen Dritten, sowie die vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden übernommene bedingte Verbindlichkeit, welche rechtlich eine Leistung auf den Pflichttheil begründet, Beides in dem Falle, wo die Bedingung erst nach dem erwähnten

Erbschaftserwerb eintritt. Nicht wiederholt zu werden braucht, daß diese Erwerbungen hier nur insoweit in Frage kommen, als sie den gesetzlichen Erbtheil des Notherben nicht vollständig erfüllen.

Auch bei den Vortheilen dieser Art entsteht die Frage, bis zu welcher Zeit sie dem Notherben wirksam angeboten werden. Die Antwort wird dahin gehen müssen. Gewähren sie dem Notherben den ganzen mit der Ergänzungsklage (nach Abrechnung der ursprünglichen Zuwendung) nachzufordernden Betrag, so werden sie ohne Zweifel noch immer gültig angetragen, so lange nicht der Notherbe auf jene Klage Befriedigung erlangt hat[61]). Zweifeln dagegen läßt sich, ob der Notherbe nach einmal entstandener Ergänzungsklage sich noch immer einen angetragenen Vortheil gefallen lassen muß, der dem Objekt der Klage, somit dem vollen am Pflichttheil fehlenden Betrage nicht gleichkommt. Allein zum größten Theil ist die Frage bedeutungslos, weil die meisten hierher gehörigen Erwerbungen sich ohne den Willen des Notherben vollziehen: so der Erwerb aus dem schon vom Erblasser ertheilten bedingten Dotal- oder Schenkungsversprechen, der Erwerb des jetzt anfallenden Erbtheils. Und auch wo diese Rücksicht nicht zutrifft, wie bei dem erst jetzt auf Grund einer Substitution anfallenden Erbtheil, neben welchem etwa eine früher erworbene Dos steht, wird sich die Bejahung im Geiste der l. 30 C. h. t. 3. 28 nicht ablehnen lassen. Denn wie sich der Notherbe nach dem Gesetz eine erste Theilleistung auf den Pflichttheil gefallen lassen muß, so wird er auch fernere Theilleistungen hinnehmen müssen.

Zu bestimmen bleibt das Schicksal solcher (an sich zur Einrechnung geeigneter) Erwerbungen, die erst nach durchgeführter Ergänzungsklage und darauf erlangter Erfüllung angeboten werden. Ich verbinde diese Frage mit der verwandten, nach den obigen Bemerkungen unter II A. (S. 322 f.) für das Gebiet der Querel anzustellenden Untersuchung, verweise daher auf den § 41 unter I.

§ 40.

Fortsetzung. **(Erbtheil aus einer Pupillarsubstitution; andere nicht anzurechnende Erwerbungen.)**

Im Gegensatz zu den Zuwendungsformen des § 39 sind jetzt einzelne Erwerbungen des Notherben zu besprechen, von denen theils

---

[61]) Für diesen Satz kann man sich ohne Bedenken auf die l. 43 D. de bon. libert. 38. 2 berufen. (Vergl. die Stelle in Anm. 51.)

feststeht, theils behauptet werden muß, daß sie für den Pflichttheil bedeutungslos sind.

In diesem Sinne ist es ohne Frage zu beurtheilen, wenn der Notherbe einen vom Erblasser eingesetzten Erben beerbt. Auch die aus dem Nachlaß des ersten Erblassers herrührenden Vermögensstücke fallen hier dem Notherben lediglich als Theile der Hinterlassenschaft seines nächsten Erblassers zu. Zudem läßt sich sein Erwerb nicht auf eine Verfügung des Erblassers zurückführen.

Fälle, bei denen Zweifel und Streit bestehen, werden begründet durch die Pupillarsubstitution und das zur Erfüllung der Bedingung einer letztwilligen Verfügung Gegebene.

1. Daß der Erwerb auf Grund einer Pupillarsubstitution eine Zuwendung auf den dem Notherben gebührenden Pflichttheil aus dem väterlichen Nachlaß darzustellen vermöchte, glaube ich mit der herrschenden Meinung verneinen zu müssen. Auch hier fehlt das Merkmal einer Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers (ex substantia testatoris, l. 36 pr. C. h. t.[1]). Die zum Theil abweichende Ansicht von Windscheid wurde schon früher erwähnt[2]); sie zieht die Pupillarsubstitution unter die Bestimmung in l. 36 pr. C. h. t., welche die Einrechnung in den Pflichttheil ausschließt, „si quid *ex aliis causis* filius lucratus est, vel ex substitutione vel ex jure adcrescendi, puta usus fructus“: dabei wird jedoch insoweit eine Ausnahme behauptet, als der Notherbe durch die Pupillarsubstitution etwas aus dem Vermögen des Erblassers erhält. Nur diese Einschränkung interessirt hier: ich suche zu zeigen, daß ihr nicht Recht zu geben ist.

Grundgedanke bleibt bei der Pupillarsubstitution, daß sie letztwillige Verfügung über den Nachlaß des Kindes ist, auch wo dieses den testirenden Gewalthaber beerbt. Zwar gibt eine Reihe von Sätzen über die Substitution der Anschauung Ausdruck, daß der Gewalthaber im Pupillartestament sich selbst einen zweiten Erben ernennt. Aber theoretisch sind diese Sätze Ausnahmen, und darum muß bei den nicht in den Quellen entschiedenen Fragen die Antwort aus der obigen,

[1]) So Francke S. 323. Mühlenbruch S. 300. Arndts S. 610 unter 10. Uebereinstimmend auch Brinz II § 202 S. 848, der speziell die Pupillarsubstitution in l. 36 pr. C. h. t. von der Anrechnung ausgenommen findet. Vergl. oben § 39 bei Anm. 47 (S. 315).

[2]) Windscheid III § 581 in Anm. 7 und 8. Vergl. oben § 39 bei Anm. 48 (S. 315).

den Begriff des Instituts beherrschenden Regel abgeleitet werden. Das gilt auch von unsrer Frage nach der Beurtheilung des dem Substituten vermöge der Beerbung des Pupillen zufließenden Erwerbs: er erhält damit zu keinem Theil einen Vortheil aus dem Vermögen des testirenden Vaters, folgeweise keine Zuwendung auf den Pflichttheil, den ihm der Vater zu gewähren hatte. — Zur Unterstützung unsrer Annahme dient, daß gerade das römische Pflichttheilsrecht in zwei Anwendungen jenen Grundgedanken im Begriff der Pupillarsubstitution entschieden festhält. Zunächst bei der Beurtheilung der Zulässigkeit einer Querel gegen das Pupillartestament. Die bekannte l. 8 § 5 D. h. t. 5. 2[3]) versagt die Klage der Mutter — und in gleichem Sinne ist der vom Bruder handelnde Schluß der Stelle zu verstehen — lediglich aus dem formellen Grunde, weil der Vater das Testament errichtet hat: dem Bruder des Gewalthabers dagegen wird die Pflichttheilsberechtigung abgesprochen, weil sachlich ein Testament des Kindes vorliegt. Das muß nach der Stelle auch dann gelten, wenn das Kind vom Gewalthaber zum Erben eingesetzt ist. — Näher noch steht unsrer Frage eine andre Anwendung. Zwei Stellen erklären, daß der Pupill aus der Pupillarsubstitution keinen Grund zu einer Querel gegen das väterliche Testament hernehmen soll[4]): dies wird insbesondere für den Fall ausgesprochen, wo dem Pupillen nur der Pflichttheil zugewendet ist. Also wird die Substitution nicht als Beschwerung des dem Kinde aus dem Vermögen des Gewalthabers zukommenden Pflichttheils behandelt[5]), und das offenbar deshalb, weil der Substitut das Vermögen nur als Erbe des Kindes erhält.

Wo in so bestimmter Weise der bezeichnete Begriff der Pupillarsubstitution durchgeführt ist, da kann es nicht die Meinung des Rechts sein, daß dem Substituten einzelne Theile der Kindeserbschaft als Zuwendung auf den eignen Pflichttheil am Nachlaß des Gewalthabers dienen sollen.

---

[3]) Mehr über die Stelle im § 69. Vergl. einstweilen Francke S. 454 f. Vangerow II § 453 Anm. 3.

[4]) L. 8 § 7 D. h. t. (Dazu *A. Faber*, ration. ad h. l.). — l. 26 C. h. t. (Für das Verständniß dieses Rescripts ist dessen Stellung im Titel de inofficioso testamento entscheidend. Vergl. auch Bas. 39. 1. 51 und schol. 1 ibid.)

[5]) Vom Standpunkt der Bestimmungen Justinian's über die Beseitigung aller Beschränkungen und Beschwerungen des (hinterlassenen) Pflichttheils — l. 32. l. 36 § 1 C. h. t. 3. 28 — war freilich die Frage nach der Querel gar nicht auf-

2. Ist dem Notherben eine Leistung zur Erfüllung der Bedingung einer vom Erblasser zu Gunsten eines Dritten getroffenen letztwilligen Verfügung gemacht, so soll nach der herrschenden Ansicht eine Zuwendung auf den Pflichttheil nicht vorliegen, man vermißt das Merkmal eines Erwerbs aus dem Vermögen des Erblassers (l. 36. pr. C. h. t.[6]). Im scharfen Gegensatz hierzu macht eine zweite Auffassung für die Annahme einer solchen Zuwendung geltend, das Geleistete rühre doch mittelbar aus dem Vermögen des Erblassers her, es sei eine Minderung des dem Bedachten aus diesem Vermögen Zugewendeten, werde gleichsam im Austausch gegen diese Zuwendung gegeben[7]). Eine dritte Meinung unterscheidet: kam das zur Erfüllung der Bedingung Gegebene aus dem Erbvermögen, so findet Einrechnung in den Pflichttheil statt, — andernfalls nicht[8]). Den Quellen des römischen Rechts entspricht nach meiner Ueberzeugung nur die dritte Ansicht; vom Standpunkt des heutigen Rechts dagegen wird man der ersten Meinung, deren bisherige Begründung freilich nicht genügen dürfte, zu folgen haben. Ich suche beide Sätze jetzt darzulegen.

Wir besitzen aus dem Pflichttheilsrecht eine zuverlässige Aeußerung über unsre Frage: es ist die auf die Berechtigung des Patrons bezügliche l. 3 § 19 D. de bon. libert. 38. 2:

Si patrono condicionis implendae causa quid datum sit, in portiónem debitam imputari debet, si tamen de bonis sit liberti profectum.

Ulpian handelt hier, und das begründet grade die besondere Beweistüchtigkeit seiner Aeußerung, lediglich von Leistungen, die der Berechtigte sich genügen lassen muß, weil sie eine wirkliche Zuwendung oder Ergänzung des Pflichttheils enthalten. So hat er in l. 3 § 10 D. eod. bemerkt, die bon. poss. contra tabulas finde nicht statt, wenn der Patron auf den Pflichttheil zum Erben ernannt sei, und in dem gleichen Sinne bespricht er bis auf unsern § 19 herab erst die bedingte Erbeseinsetzung (§§ 11—14), sodann die Zuwendung

zuwerfen, und darum hätte l. 8 § 7 D. h. t. nicht unverändert aufgenommen werden sollen.

[6]) So Francke S. 233. Mühlenbruch 35 S. 294. Arndts S. 610 Anm. 223. Vangerow II § 476 Anm. 2.

[7]) So *Donellus*, comment. de jure civ. lib. 19 c. 4 num. 33, neuerdings Windscheid III § 581 Anm. 7, verglichen mit § 677 bei Anm. 3.

[8]) So Unger § 81 Anm. 6. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 73, womit zu vergleichen S. 56 Anm. 65.

oder Ergänzung durch Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall wie unter Lebenden (§§ 15—18). — Der Ausspruch des § 19 erscheint überdies innerlich begründet, er stellt Alles auf dasselbe Kriterium, von welchem Justinian in l. 36 pr. C. h. t. die Einrechnung in den Pflichttheil abhängig macht, — die Herkunft des Erwerbs aus dem Vermögen des Erblassers. Es fragt sich danach nur, ob aus den Quellen die Möglichkeit einer Leistung aus der Erbschaft Seitens eines Dritten, der nur erst bedingungsweise vom Erblasser mit einer Zuwendung bedacht ist, nachgewiesen werden kann. Ein Beispiel einer solchen Verfügung über erbschaftliche Vermögensstücke wird uns in der That mit voller Deutlichkeit dargeboten: es ist die Leistung des Statuliber zur Erfüllung der Bedingung der ihm letztwillig hinterlassenen Freiheit. Der Statuliber kann zu diesem Zweck Theile seines (zur Erbschaft gehörigen) Peculium verwenden[9]). Der Satz, daß die Gabe aus der Erbschaft herrührt, wird in folgenden Anwendungen betont.

a. Der Erbe, welcher die Leistung aus dem Peculium des Statuliber erhält, muß sich dieselbe abweichend von der Regel über die Leistung zur Erfüllung einer Bedingung auf die Falcidische Quart anrechnen; ist er mit einem Erbschaftsvermächtniß belastet, so umfaßt dieses auch das so Empfangene[10]).

b. Im Allgemeinen besitzt der Testamentserbe, dem eine Leistung zur Erfüllung der Bedingung einer letztwilligen Verfügung gemacht wird, das Empfangene zwar kraft des Willens des Erblassers, aber nicht aus der Erbschaft und darum nicht *pro herede*. Auch hier aber ist es anders, wenn von einem Statuliber aus dem Peculium geleistet wird: der Erwerb ist Theil der Erbschaft, begrün-

---

[9]) l. 3 § 1. 2. l. 13 § 1. l. 17. l. 20 § 1. l. 31 § 1 D. de statulib. 40. 7. l. 3 § 9 D. de condict. c. d. 12. 4. l. 57. l. 110 D. de condic. et dem. 35. 1.

[10]) Papin. l. 41 D. de mort. c. donat. 39. 6. Quod statuliber uni ex heredibus de peculio dedit, ei qui accepit in Falcidiae rationem venit et in hereditatis petitione, item ex Trebelliano restituitur —. Vergl. l. 44. l. 76 pr. D. ad l. Falc. 35. 2. Letztere Stelle zeigt, daß die Sätze des Textes für den Theilerben nur nach Verhältniß seines Erbtheils gelten; sie begründet die Entscheidung so: — quia pro ea parte non mortis causa capere, sed *hereditario jure* eos (sc. nummos) habere intelligitur. Vergl. noch *Cujac.* in lib. 2 resp. Pap. ad l. 41 cit. (IV. 908 ff.)

det daher die Erbschaftsklage des gegen das Testament auftretenden gesetzlichen Erben [11]).

c. Leistet der Statuliber an die in der Bedingung seiner Freilassung bezeichnete Person aus den beim Tode des Erblassers vorhandenen Beständen des Peculium, so unterliegt dieser Erwerb grade den Beschränkungen der Erwerbsfähigkeit des Empfängers, welche für sonstige demselben aus dem Nachlaß des Erblassers gemachte Zuwendungen gelten [12]).

Wir haben hiernach für den oben mitgetheilten Ausspruch der l. 3 § 19 D. de bon. libert. 38. 2 über die Pflichttheilsberechtigung des Patrons jedenfalls das folgende Beispiel gewonnen. Die dem Patron auf Grund einer letztwilligen Verfügung des Freigelassenen condicionis implendae gratia gemachte Leistung galt als Zuwendung auf den Pflichttheil, wenn sie sich als Leistung eines Statuliber aus dessen Peculium, zur Erfüllung der Bedingung seiner Freilassung, darstellte. Dieser Satz darf ohne Anstand auf das Recht der Querel übertragen werden. Für uns fällt indessen das Hauptgewicht auf die Frage, ob wir in jenem Vorkommniß der Quellen ein bloßes Beispiel zu finden haben, so daß sich noch weitere, nach dem gleichen Grundsatz zu behandelnde Fälle denken lassen. Von der zu ertheilenden Antwort hängt es ab, ob wir dem Satze der l. 3 § 19 cit. praktische Geltung zuschreiben dürfen. Die Antwort hat, wie ich meine, verneinend auszufallen.

---

[11]) l. 41 cit. Dazu Ulp. l. 13 § 6 D. de H. P. 5. 3: — plane si accepta certa quantitate restituere rogatus est (sc. heres hereditatem), non putat Papinianus ab herede petendam hereditatem, quoniam pro herede, quod condicionis implendae gratia accepit, non possidetur. sed Sabinus in statulibero contra: et id verius est, *quia pecunia hereditaria est.* Daß Papinian für den Ausnahmsfall die Ansicht des Sabinus theilte, zeigt l. 41 cit. (Anm. 10). — Vgl. auch zu l. 13 § 6 cit. Bas. 42. 1. 13 schol. 7 (Stephanus).

[12]) Ulp. l. 36 D. de mort. c. don. 39. 6: — certe quod a statulibero condicionis implendae causa datur, indubitate modo lege concesso (sc. ad capiendum) imputatur: sic tamen, *si mortis tempore in peculio id habuit.* ceterum si post mortem, vel etiam si alius pro eo dedit, *quia non fuit ex his bonis, quae mortis tempore testator habuit,* in eadem erunt causa, in qua sunt, quae a legatariis dantur. Die Bedeutung des in den Schlußworten wie in dem hier nicht abgedruckten Eingang der Stelle ausgeprägten Gegensatzes ist freilich sehr zweifelhaft. Vergl. darüber *Cujac.* observ. VII. 24. (III. 181.) *Pothier*, pand. Justin. 39. 6. num. 26 Anm. n—q. Ueber das Verhältniß der l. 36 cit. zu l. 41 eod. Cujaz an der in Anm. 10 angegebenen Stelle (IV. 911 f.).

Soll eine dem Nachlaß rechtlich noch fern stehende Person zufolge einer Bedingung, an die der Erblasser eine ihr gemachte Zuwendung geknüpft hat, etwas aus der Erbschaft auf einen Dritten übertragen, so ist dabei entweder an den Fall zu denken, wo dieselbe thatsächlich im Besitz des betreffenden Stücks der Erbschaft sich befindet, — oder an den andern, wo sie zwar rechtlich ein Vermögensstück inne hat, zum Nachlaß aber eine Forderung auf dessen Gewährung gehört. Im ersten Fall — Leistung Seitens des juristischen Besitzers oder des Detentor einer Sache der Erbschaft — kann der Geber dem Empfänger nicht mehr gewähren, als er selbst hat, er bringt also in dessen Person gleichfalls nur ein thatsächliches Verhältniß zur Sache hervor. Auf dieses bleibt auch der Empfänger beschränkt; denn so wenig die erklärtermaßen auf die fremde (erbschaftliche) Sache gestellte Tradition des nichtberechtigten Inhabers einen Erwerbstitel abgibt, so wenig wird ein solcher durch die (dem Inhaber) vom Erblasser gestellte Bedingung begründet. Und ferner ist die Herstellung dieser Thatsache, sofern sich wirklich an sie ein Vermögenswerth knüpft, keine Leistung aus der Erbschaft; das thatsächliche Verhältniß thut ja der Dritte hinzu, der die Leistung vornimmt. Eben dies gilt, wenn man die Voraussetzung hinzudenkt, daß der Geber ein dingliches Recht (Pfandrecht, Dienstbarkeit) oder ein Rententionsrecht an der zur Erbschaft gehörigen Sache hat: das mit der Besitzübergabe verbundene Aufgeben dieser Berechtigung ist nicht eine Leistung aus der Erbschaft, wie wir sie nach l. 3 § 19 cit. fordern müssen. Demnach kann in diesem ersten Fall die Leistung condicionis implendae gratia keine Zuwendung auf den Pflichttheil darstellen.

In dem andern Falle, wo der von der Bedingung Angeredete die rechtliche Herrschaft über die Sache hat, dem Erblasser nur eine Forderung auf deren Gewährung zusteht (zufolge Schenkungs- oder Dotalversprechens, zufolge Kaufs, bei dem wir uns selbst den Preis gezahlt denken mögen), ist zwar eine wirkliche Zuwendung auf den Pflichttheil vorhanden, aber diese hat nicht ihren Grund im Geben zur Erfüllung der Bedingung. Dies zeigt folgende Erwägung. Soll in einem solchen Falle der Leistende nicht lediglich eine Aufopferung aus eignem Vermögen machen, so muß bei der gestellten Bedingung die Meinung sein, daß die entsprechende Nachlaßforderung mit der Vornahme der Leistung erlöschen soll. Das ist in

Wahrheit ein stillschweigendes, durch die Leistung bedingtes Vermächtniß der Schuldbefreiung, und weiter ist zu sagen: da Letztere vom Erblasser von der Entrichtung des geschuldeten Gegenstands an den Dritten abhängig gemacht wird, so hat der Erblasser diesem Dritten den Vortheil aus Mitteln der Erbschaft zuwenden wollen. Das vorliegende Verhältniß hat demnach genau den Inhalt, welchen die seit Pius mögliche Beschwerung eines Erbschaftsschuldners mit einem Fideicommiß darstellt[13]), nur daß in unserm Falle die Zuwendung an den Dritten stillschweigend von dem Willen des Schuldners abhängig gemacht ist, — davon, daß dieser die Bedingung zu erfüllen geneigt ist. Mit andern Worten: der Grund der in der That vorliegenden Zuwendung auf den Pflichttheil ist hier nicht das Setzen der Bedingung und deren Erfüllung, sondern das Vermächtniß der Schuldbefreiung und die damit verbundene fideicommissarische Beschwerung des bisherigen Schuldners zu Gunsten des in der Bedingung bezeichneten Empfängers. Das soeben Gesagte trifft auch dann zu, wenn die alte Schuld oder die Zuwendung an den in der Bedingung genannten Notherben eine Quantität vertretbarer Sachen zum Gegenstand hat: immer wird dem Schuldner der seiner Leistung entsprechende Vermögenswerth durch Vermächtniß der Schuldbefreiung zugewendet.

Es läßt sich auch leicht erkennen, daß der Rechtssatz über die vom Statuliber durch Hingabe von Stücken des Peculium erfüllte Bedingung der Freiheit ein singulärer ist. Der Erblasser stellte die Bedingung der Freiheit lediglich auf die zu beschaffende Leistung; der Gedanke, daß von ihm deren Beschaffung aus Mitteln der Erbschaft gewollt sein könnte, tritt bei den Ausführungen der römischen Juristen um so mehr zurück, als diese regelmäßig, wo sie der Zulässigkeit der Erfüllung aus Mitteln des Peculium gedenken, die Zahlung einer Geldsumme im Auge haben[14]). Allein thatsächlich wurde doch das Peculium wie ein gesondertes Vermögen des Sclaven angesehen[15]), eben darum entstand die durch besondere Billigkeits-

---

[13]) l. 77. l. 108 § 13 in f. D. de legat. I° (30). l. 37 § 3 D. de legat. III° (32).

[14]) So die sämmtlichen Stellen der Anm. 9.

[15]) Darauf verweist, eben in Anwendung auf unsern Fall, Nerat. l. 17 D. de statulib. 40. 7: — sed dubitari non oportet, quin haec mens fuerit id constituentium, *ut quasi ex patrimonio suo dandi eo nomine servo potestas esset* —.

gründe getragene Regel, daß der Sclav die Mittel zur Erfüllung der Bedingung aus dem Peculium nehmen durfte, wenngleich Letzteres ihm nicht vermacht war, rechtlich also dem Erben zustand. Analoge Verhältnisse, in denen Jemand in erlaubter Weise über Theile eines fremden Vermögens zu eignen Zwecken verfügen dürfte, lassen sich in unserm Recht nicht aufweisen.

Unsre Untersuchung gelangt damit für das heutige Recht zu dem von Francke und andern Neueren vertheidigten Satze, daß das Vorschreiben einer Leistung im Wege der Bedingung einer letztwilligen Verfügung die Grundlage einer selbständigen Zuwendung auf den Pflichttheil nicht abgeben kann: es fehlt in solchem Falle das Merkmal der aus der Erbschaft gemachten Zuwendung. Zu besprechen ist jetzt noch die abweichende Ansicht von Donellus und Windscheid (Anm. 7). Nach Beiden hätte die erwähnte Leistung ohne Weiteres als mittelbar aus der Erbschaft erfolgt, darum ihre Anordnung als geeignete Hinterlassung des Pflichttheils zu gelten. Man wird anerkennen müssen, daß das Recht sich den Gedanken eines Austausches der durch die Bedingung angesonnenen Aufopferung gegen die dem bedingt Bedachten ausgesetzten Vortheile aneignen konnte; aber gewiß ist dies nicht geschehen[16]). Direct widerspricht einer solchen Anschauung die obige l. 3 § 19 D. de bon. libert. 38. 2 (verb. „si tamen de bonis sit liberti profectum"); ebenso stehen die vorhin unter a — c aus den Quellen nachgewiesenen Sätze entgegen, die es durchweg als eine in dem Vorgang beim Statuliber hervortretende Besonderheit behandeln, daß ein condicionis implendae gratia datum als aus der Erbschaft herrührend angesehen werde. Nicht minder deutlich spricht l. 30 § 7 D. ad l. Falc. 35. 2. Mäcian hat zunächst gesagt, das aus solchem Grunde Empfangene werde dem Erben nicht auf die Quart angerechnet; darauf bemerkt er:

— tamen id, *quod non figura condicionis accipere jussus est* ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est, Celso et Juliano no-

---

[16]) Im letzten Grunde hängt die Auffassung von Windscheid, wie mir scheint, mit dem von ihm aufgestellten Satze zusammen (Pand. III § 677), daß der in Folge einer von andrer Seite erfüllten Bedingung gemachte Erwerb, abgesehen von dem (fehlenden) Vermächtnißzwang, dem Erwerb aus einem Vermächtniß gleichstehe. Vergl. auch Keller, Instit. S. 359—361. Diese Annahme geht nach meiner Ueberzeugung zu weit: indessen ist hier nicht der Ort, dies zu zeigen.

stro placuit computari (sc. in quartam), *quemadmodum si ea summa heres vendere eas res jussus esset*, (quia non condicionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt jussi) —.

Der hier vorliegende Ausspruch verliert nichts von seiner Schärfe, wenn man auch mit der Ausgabe von Th. Mommsen die vorstehend in Parenthese gesetzten Worte streicht. Immer schließt Mäcian den Gedanken eines Austausches der beiderseitigen Zuwendungen aus, wenn dem Erbschaftsvermächtnißnehmer die von ihm gegen die Herausgabe des Vermögens zu beschaffende Leistung in Form einer Bedingung angesonnen ist.

Von den Aeußerungen der Quellen, auf die sich die hier bekämpfte Ansicht beruft, ist nur die von Windscheid herangezogene l. 8 § 10 D. h. t. 5. 2 näher zu prüfen[17]. Im Allgemeinen redet die Stelle — insoweit besteht kein Streit — vom Verzicht auf die Querel durch Annahme der Leistung, die ein im Testament Bedachter condicionis implendae gratia vornimmt[18]. Ein solcher Verzicht ist nach Ulpian zunächst gegeben, wenn der Notherbe die Leistung des eingesetzten Erben mit Kenntniß vom Sachverhalt annimmt. Bezüglich der Leistung aber, welche ein Vermächtnißnehmer anbietet, bemerkt der Jurist:

ego eventum puto sequendum in hac re, ut, si forte antequam judicium moveatur oblatio ei fiat ejus quod relictum est, *quasi ex voluntate testatoris oblato eo satis ei factum videatur*.

Eben in diesen Schlußworten sieht Windscheid ein Zeugniß dafür, daß die in Frage stehende Leistung eine Zuwendung auf den Pflichttheil darstelle. Ich vermag das nicht anzuerkennen. Wenn auf die „oblatio“ des Bedachten Gewicht gelegt wird, so lag dieser Ausdruck sehr nahe: ist die Bedingung auf ein Geben gestellt, so hat der, welchem die Bedingung gesetzt ist, die Erfüllung anzubie-

---

[17]) Wenn die von Donellus angerufene nov. 115 c. 3 den Eltern die Verpflichtung zur Erbeseinsetzung der Kinder nicht erlassen wissen will, „nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, *vel alium quemcunque modum* eis dederint legibus debitam portionem“, so findet das „vel alium quemcunque modum“ seine Erklärung in der Schenkung auf den Todesfall und den sonstigen unbestrittenen Formen der Zuwendung des Pflichttheils.

[18]) Nach dieser Seite hin wird die l. 8 § 10 cit. im § 54, Text bei Anm. 8—17, näher betrachtet werden.

ten [19]), da ein Anspruch auf das zu Gebende nicht besteht [20]). Unzweifelhaft ist aber bei der oblatio der l. 8 § 10 cit. die Annahme des Angebotenen hinzuzudenken [21]): Ulpian hat kurz vorher den gleichen Fall mit den Worten bezeichnet: si legatarius ei vel statuliber *dedit.* — Weiter betont Windscheid, daß nach Ulpian's Argumentation dem Notherben durch jene oblatio „satisfactum" sei. Allein dabei ist nicht zu übersehen, daß von einem „*ex voluntate testatoris* — satisfactum videri" die Rede ist. Diese Wendung paßt vollkommen zum Verzicht auf die Querel. Hält man darauf fest, daß die Leistung nicht blos als angeboten, sondern zugleich als angenommen vorgestellt wird, so liegt eben in dieser Annahme ex voluntate des Erblassers die Billigung des letzten Willens [22]). Von dem „satisfacere" aber braucht kaum gesagt zu werden, daß es sich nach den Quellen nicht auf den Fall der vollen Befriedigung des Berechtigten beschränkt, vielmehr allgemein eine Leistung bezeichnet, die Letzterer sich genügen lassen will, mag er immer dabei Schaden leiden [23]). Wenn endlich die Frage nach dem Einfluß, welcher der Annahme der Leistung des Vermächtnißnehmers zukommt, von Ulpian in die Worte gefaßt wird: „numquid semel natam inofficiosi querellam non peremat legatarii oblatio [24])?" so ist in dieser Be-

[19]) Daher das häufige Vorkommen des „offerre" bei der dem Statuliber vorgeschriebenen Bedingung: l. 3 § 1. 13. 14. l. 4 § 3. l. 18. l. 34 § 1. l. 35 D. de statulib. 40. 7.

[20]) l. 8 D. si quis omissa 29. 4.

[21]) So auch Mühlenbruch 35 S. 452 und die bei ihm in Anm. 37 Genannten.

[22]) Vergl. die ähnliche Bezeichnung des Verzichts auf den Pflichttheil (ganz oder theilweise) bei Paul. l. 31 § 3 D. h. t.: — quid ergo si alias *voluntatem* testatoris probaverim? — Alex. l. 8 § 1 C. h. t.: — accusare ut inofficiosam *voluntatem* patris, *quam probavit*, non potest. Ulp. l. 6 § 4 D. de bon. libert. 38. 2: — si *secundum voluntatem* mortui liberti hereditatem adierint —. Aehnlich das „*voluntatem sequi*" bei Ulp. l. 46 D. ad leg. Falc. 35. 2. Marcell. l. 20 § 1 D. de donat. 39. 5. Justinian. l. 19 C. ad l. Falc. 6. 50.

[23]) Ulp. l. 9 § 3 D. de pign. act. 13. 7: — satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum —. et generaliter dicendum est, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, *si ut ipse voluit sibi cavit,* licet in hoc deceptus sit. Dazu l. 5 § 3 D. de V. O. 45. 1. Vergl. auch l. 5 § 23. l. 14 D. quib. mod. pign. 20. 6. l. 49 D. de solut. 46. 3.

[24]) Auch hier ist bei der „oblatio" die Annahme des Angebotenen im Gedanken zu ergänzen.

ziehung für jetzt nur ein formeller Gesichtspunkt hervorzuheben. Die Fassung der Frage erklärt sich aus dem Gegensatz, in welchen dieser Erwerb zu der gleich darauf besprochenen Leistung des bedingt eingesetzten Erben gebracht wird. Von Letzterer wird bemerkt, einmal angenommen hebe sie die Querel unbedingt auf; der Grund ist: „quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella" d. h. „weil der Notherbe durch sein Annehmen den Erwerb des bedingt Eingesetzten erst möglich macht, darum sich nicht über Kränkung beschweren kann [25]). Diese Rücksicht — das will die Fassung der oben abgedruckten Frage sagen — trifft beim Vermächtnißnehmer nicht zu. Denn Letzterer wird wegen der Abhängigkeit seines Erwerbs von der testamentarischen Erbfolge erst nach der Antretung der Testamentserben, damit nach entstandener Querel, die Bedingung erfüllen. Mit Rücksicht hierauf legt Ulpian der Leistung des Vermächtnißnehmers die Wirkung einer Beseitigung der Querel nicht so ausnahmslos bei, wie er es bei der Leistung des Erben thut. Daraus folgt aber nicht, daß er auf diesem Punkte einen andern Aufhebungsgrund des Anspruchs als den des Verzichts im Auge hätte. Vielmehr hoffe ich im § 54 bei der Besprechung des Verzichts auf die Querel zu zeigen, daß auch der Schlußsatz der l. 8 § 10 cit. auf diesem Boden steht.

Wir müssen hiernach auch gegenüber der l. 8 § 10 cit. an dem Ergebniß festhalten, zu welchem unsre obige Untersuchung über die Leistung zur Erfüllung einer Bedingung geführt hat.

§ 41.

2. Ausgesetzte Einzelfragen über die Zuwendung und Einrechnung. Gesammtergebniß.

I. In Fällen, wo wegen Mangels einer gültigen (wäre es auch unzulänglichen) Zuwendung auf den Pflichttheil die Querel begründet erscheint, kann nach bereits entstandener Klage, damit nach erfolgtem Antritt des Testamentserben, dem Notherben noch immer auf Grund einer Verfügung des Erblassers eine Zuwendung angetragen werden. Welches ist das Schicksal einer solchen Zuwendung, wo diese nicht geeignet ist, die Querel abzuwenden? In's Auge zu fassen ist zunächst der Fall, wo vor rechtskräftigem Erkenntniß auf die Querel ein Substitutionserbtheil deferirt wird, eine dem

[25]) Vergl. Francke S. 325 f. Mühlenbruch 35 S. 445 a. E.

Notherben durch Vermächtniß, Bestellung einer Dos u. s. w. zugewendete, bisher bedingte Forderung zu einer unbedingten wird, der Vermögenswerth des angebotenen Erwerbs aber dem Betrage des gesetzlichen Erbtheils nicht gleichkommt, so daß eben darum das Querelrecht fortbesteht. Weiter kommt die Möglichkeit in Betracht, daß ein solcher Erwerb erst in Aussicht gestellt wird, nachdem bereits ein obsiegliches Erkenntniß mit der Querel erstritten ist: für diese Zeit aber gehört selbst der Fall unsrer Untersuchung an, wo der Umfang des neuen Erwerbs jenem gesetzlichen Erbtheil entspricht. — Die obige Frage ist nun genauer die: kann der Notherbe sich noch jetzt die Zuwendung zu eigen machen, und kann er dies unbeschadet seines Querelrechts?

Eine ähnliche Frage ist für das Gebiet der Ergänzungsklage zu stellen. Wie ist zu verfahren in Ansehung der (sei es dem Gegenstand der Klage gleichkommenden, sei es geringeren) Erwerbungen, die dem Pflichttheilsberechtigten erst angeboten werden, nachdem dieser sich bereits Befriedigung mit der Klage verschafft hat?

Die Prüfung dieser Fragen wurde oben ausgesetzt (§ 39 II A. III a. E. S. 322 f. 326), sie ist jetzt nachzuholen [1]).

A. Gebiet der Querel. Wird dem Notherben nach der Zeit, wo die Querel vollständig entstanden ist, doch vor rechtskräftiger Entscheidung über den Anspruch, ein Erbtheil aus einer Substitution deferirt, so kann er diesen zwar erwerben, aber er darf es nicht thun, wenn er nicht jenen Anspruch verlieren will. Nach Pandektenrecht läge im Erwerb des wenngleich unzureichenden Erbtheils ein Verzicht auf die Querel [2]); nach l. 35 § 2 C. h. t. 3. 28 würde der Erwerb zwar die Ergänzungsklage nicht ausschließen, der Querel aber wäre er noch immer hinderlich. Wie aber, wenn ein irgendwelcher Erbtheil erst deferirt wird, nachdem auf die Querel

---

[1]) Aus der Litteratur ist mir nur Eine auf diese Fragen bezügliche Aeußerung bekannt. Arndts (II S. 615), der die Vulgarsubstitution nicht als Mittel der Hinterlassung des Pflichttheils gelten lassen will, wenn nicht der an erster Stelle Eingesetzte schon beim Tode des Erblassers weggefallen ist, bemerkt, es sei dem Notherben auch auf den Pflichttheil nicht anzurechnen, was er hinterher als Substitut erlange. Daß ich diese Antwort nicht für zureichend halte, ergibt sich aus den Ausführungen im Text.

[2]) l. 8 § 10. l. 10 § 1. l. 12. l. 31 § 2. 3 l. 32 § 1 D. h. t. l. 5 pr. D. de his quae ut indign. 34. 9.

rechtskräftig zu Gunsten[3]) des Notherben erkannt ist? Kann der Notherbe jetzt noch erwerben? Der Fall ist so zu denken, daß der Notherbe nur theilweise Rescission des Testaments, damit nur einen Bruchtheil des Vermögens erstritten hat, neben ihm aber ein Testamentserbe — weil nicht gegen ihn geklagt oder nicht zu seinen Ungunsten erkannt ist — einen andern Bruchtheil des Vermögens behauptet[4]).

Hier kann freilich dieser Testamentserbe, mag er vom Notherben mit Berufung auf die Substitution wegen des Substitutionserbtheils belangt werden, oder mag er diesen Erbtheil kraft der Anwachsung durch Klage in Anspruch nehmen und dabei der gedachten Berufung des Notherben begegnen, aus dem nicht gegen ihn selbst ergangenen, dem Notherben günstigen Erkenntniß auf theilweise Vernichtung des Testaments eine exceptio oder replica rei judicatae nicht ableiten. Aber auf keinen Fall darf es das Recht zulassen, daß der Notherbe ungeachtet der von ihm erwirkten theilweisen Rescission des Testaments mit Erfolg als Testamentserbe sollte auftreten können. Ein derartiger Erbanspruch wird bei den Römern durch Versagung der Klagen oder durch eine dem Testamentserben ertheilte exceptio (oder replica) doli seine Erledigung gefunden haben.

Zum Beweise vermag ich nur eine Aeußerung über einen verwandten Fall beizubringen, aber diese scheint mir die Ansicht der römischen Jurisprudenz klar genug auszuprägen. Hat der Pflichttheilsberechtigte eine Zuwendung aus dem Testament angenommen, so wird ihm die Anfechtung des Letzteren wegen Pflichttheilsverletzung — nach Pandektenrecht völlig, nach dem Recht des Codex mit Vorbehalt der Ergänzungsklage — versagt. Dies gilt auch von der bon. poss. contra tabulas des Patrons[5]). Während nun hier als

---

[3]) Der Fall der rechtskräftigen Abweisung der Querel interessirt nicht, theils weil nun dafür zu halten ist, daß ein Pflichttheilsanspruch nicht besteht, theils weil rücksichtlich der Zuwendungen aus dem Testament Erbunwürdigkeit eingetreten ist: l. 8 § 14. l. 22 § 2. 3 D. h. t. 5. 2. — Dem im Text behandelten Falle steht der andre gleich, wo der Substitutionserbtheil zwar vor dem rechtskräftigen Urtheil auf die Querel deferirt, sein Erwerb aber bis zum Urtheil ausgesetzt ist.

[4]) Hätte der Kläger alle Testamentserben, abgesehen von dem jetzt weggefallenen Institutus, besiegt, so müßte ihm der Substitutionstheil unter allen Umständen zukommen.

[5]) Vergl. wegen der Querel l. 8 § 10. l. 12 pr. § 1. l. 31 § 3 D. h. t.

Grund des Wegfalls der Pflichttheilsberechtigung in der Regel blos das Anerkennen des Testaments (das agnoscere, probare judicium testatoris) betont wird, äußert Gajus in l. 7 D. de bon. libert. 38. 2:

Nam absurdum videtur licere eidem *partim comprobare* judicium defuncti, *partim evertere*.

Das ist gewiß ein Protest gegen die Annahme, als könnte der Notherbe in dem vorausgesetzten Falle den deferirten Substitutionserbtheil noch wirksam in Anspruch nehmen.

Bei den oben berührten, dem Notherben vom Erblasser zugewendeten bedingten Forderungsrechten vollzieht sich der Rechtserwerb mit eingetretener Bedingung ohne Weiteres: hier ist nur zu fragen, ob der Anspruch oder der auf Grund desselben erlangte Forderungsgegenstand dem Notherben zu belassen, und ob er nicht wenigstens von ihm zu conferiren ist. Man wird unterscheiden müssen. Wo der Erwerb auf Grund des letzten Willens erfolgt, wie bei der vermachten bedingten Forderung an einen Dritten, muß er dem Notherben aus demselben Grunde entzogen werden können, aus welchem soeben die Möglichkeit eines wirksamen Erbschaftserwerbs aus einer Substitution bestritten wurde. Bei den Zuwendungen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden ist die Collationsverbindlichkeit, wenn der Notherbe Descendent ist und die Erbschaft mit eingesetzten Descendenten theilt, für das Recht seit der Nov. 18 Kap. VI nicht zu bestreiten[6]). — Wo die Voraussetzungen der Collation nicht gegeben sind, ist ein Anspruch gegen den Notherben dann zu begründen, wenn demselben bei der Zuwendung die Anrechnung auf den Pflichttheil vorgeschrieben war. Denn hier hat er mittelst der vor eingetretener Bedingung der Forderung durchgeführten Querel die Ausführung jener Vorschrift vereitelt, damit die condictio causa data causa non secuta gegen sich in's Leben gerufen. Abgesehen von diesen Fällen wird sich ein Anspruch gegen den Notherben, soviel ich sehe, nicht begründen lassen.

B. Gebiet der Ergänzungsklage. Voraussetzung ist, wie ich wiederhole, daß der Pflichttheilsberechtigte sich bereits die volle Erfüllung des Pflichttheils mit der Klage verschafft hat. Wird

5. 2, wegen des patronatischen Pflichttheilsrechts l. 8 § 4. 5. l. 50 § 4 D. de bon. libert. 38. 2.

[6]) Vergl. § 38 a. E., bei Anm. 20.

ihm jetzt noch ein Erwerb angeboten, der in den Pflichttheil einzurechnen gewesen wäre, so kann er diesen ohne Zweifel, soweit es einer Annahme bedarf, annehmen. Die durchgeführte Ergänzungsklage bereitet kein Hinderniß: sie hat das Testament in Kraft gelassen, nur eine Obligation des Testamentserben zur Geltung gebracht. Dagegen muß gesagt werden, ob nicht diesem Erben der Betrag zurückzuerstatten ist, der in Folge jenes neuen Erwerbs als ohne Grund geleistet erscheint. Ich bin in der That der Ansicht, daß eine condictio sine causa zu gewähren ist. Der Rechtssatz, welcher bei der Leistung auf Grund rechtskräftigen Urtheils die condictio indebiti abschneidet[7]), steht nicht im Wege; das Erkenntniß wird ja nicht in seinem Bestande angefochten, es wird nur geltend gemacht, daß der Kläger nach beendigtem Proceß auf Grund einer Verfügung des Erblassers dasjenige noch erlangt hat, um was er bisher verkürzt war, daß also die frühere Leistung nachträglich zu einer ungerechtfertigten geworden ist[8]).

II. Es ist Bedürfniß, daß hier kürzlich die wesentlichen Merkmale eines Erwerbs zusammengestellt werden, der eine Zuwendung auf den Pflichttheil darstellt oder in diesen einzurechnen ist[9]).

1. Die oben einzeln besprochenen Formen einer Gewährung des Pflichttheils sind so zusammenzufassen. Geeignet, dieser Aufgabe zu dienen, sind alle vom Erblasser von Todes wegen gemachten Zuwendungen mit Ausnahme der Substitution beim Vermächtniß, — der Anwachsung bei Vermächtniß und Schenkung auf Todesfall. Dagegen lassen die Zuwendungen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden die Pflichttheilsberechtigung der Regel nach un=

---

[7]) l. 29 § 5 D. mandati 17. 1 und weitere Stellen bei Windscheid III § 426 Anm. 17.

[8]) Zu verweisen ist auf das Vorkommen der condictio sine causa (cond. causa finita) bei geleistetem Schadensersatz wegen schuldhafter Nichterfüllung einer Verbindlichkeit auf Rückgabe von Sachen, sofern der Gläubiger nachträglich deren Besitz erlangt hat. Ulp. l. 2 D. de cond. sine causa 12. 7: Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit postcaque dominus invenerit vestimenta —: an — condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte *quasi sine causa datum* sic putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur. Vergl. auch l. 17 § 5 D. commod. 13. 6.

[9]) Diese Aufgabe ist mit Recht in's Auge gefaßt von Arndts, Pand. § 594. Brinz II § 202. Windscheid III § 581.

berührt; Ausnahmen sind die einfache Schenkung mit bedungener Anrechnung, die Dos, die Eheschenkung —, beide Letztere zugewendet von einem zu beerbenden Ascendenten — die Verschaffung eines käuflichen Dienstes.

2. Damit ein Erwerb Zuwendung auf den Pflichttheil sei oder zur Einrechnung in diesen komme, muß er auf dem Willen des Erblassers beruhen. Dieser Satz folgt daraus, daß die Bestimmungen des Pflichttheilsrechts der letztwilligen Verfügung über das Vermögen eine Schranke ziehen, den Erblasser, wo er testirt, zur Bedenkung des Notherben nöthigen wollen[10]). Jenes allgemeine Willensmoment liegt gleichmäßig bei Zuwendungen von Todeswegen wie unter Lebenden vor Augen, da dieselben durch Rechtsgeschäfte des Erblassers vermittelt werden. Bei der letztwilligen Zuwendung wird eine Beziehung des Hinterlassenen auf den Pflichttheil, als Inhalt des Willens des Erblassers, nicht gefordert. Auch unter den Zuwendungen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist es nur die Schenkung, bei welcher eine derartige Beziehung, in der vom Recht verlangten Anordnung der Anrechnung, gefordert wird. Bei den jüngeren Fällen — der Dos, der Eheschenkung und dem käuflichen Dienst — ist dieses Erforderniß aufgegeben.

Daß grade die zuletzt genannten drei Arten von Zuwendungen in unsrer Lehre vom Recht ausgezeichnet sind, erklärt sich — hier wie bei der Collation — aus ihrer Bestimmung, dem Notherben zu dessen Versorgung einen bestimmten Capitalwerth zu gewähren[11]).

Erforderlich ist noch

3. daß der Erwerb aus dem Vermögen des Erblassers gemacht sei. Dieser Satz wird in einer Reihe von Anwendungen bestimmt in den Quellen ausgesprochen[12]), er entspricht auch dem

---

[10]) Daher die Bezeichnung der Querel als Beschwerde darüber, daß der Notherbe übergangen oder enterbt sei: pr. J. h. t. 2. 18. l. 3. 5 D. eod. Aehnlich das „utpote non justis rationibus neglectus“ in l. 3 C. eod. Vergl. auch l. 11 in f. l. 15. l. 17. l. 18. l. 30 § 1 C. eod. Sodann das „hoc plane ei *imputare* potest, cur eum heredem non scripserit“ in l. 6 pr. D. h. t., das „dummodo non minus — quarta *ex judicio* parentis obtineat“ in l. 8 pr. C. h. t.

[11]) Vergl. Fein, Collation § 42 a. E. (S. 210). Leist, Fortſ. III S. 243.

[12]) a. Allgemeine Zeugnisse: Carac. l. 6 C. h. t.: — si *quartam bonorum* mortis tempore testator reliquit —. Justin. l. 36 pr. C. eod. — Repletionem autem fieri *ex ipsa substantia* patris —. Sodann: — repletionem au-

Wesen des Pflichttheilsrechts, das an den Erblasser das Ansinnen richtet, dem Notherben einen Theil seines Vermögens zuzuwenden. Negativ ist von uns dieses Merkmal beim Erwerb durch Pupillarsubstitution und durch Leistung zur Erfüllung einer Bedingung verwerthet: beide Erwerbungen waren, als nicht aus der Erbschaft gewonnen, vom Kreise der Zuwendungen auf den Pflichttheil auszuschließen [13]).

So scharf indessen das Erforderniß in den Quellen betont wird, so ist doch darum die Zuwendung einer fremden Sache nicht unwirksam, vorausgesetzt nur, daß im Fall ihrer Entwehrung Vergütung vom Testamentserben gefordert werden kann. Damit ist ja eine fortdauernde Belastung der Erbschaft, als Folge der Zuwendung, gegeben. Eine ausdrückliche Bestimmung über diese Frage gewähren uns die auf das Pflichttheilsrecht bezüglichen Aeußerungen der Quellen bei den Zuwendungen durch Schenkung und durch Vermächtniß: hiervon ist jetzt näher zu handeln. Jene Bestimmung findet sich in der schon in anderm Zusammenhange besprochenen l. 36 pr. C. h. t. von Justinian. (Vergl. § 39 unter II). Danach soll es bei Entwehrung der auf den Pflichttheil unter Lebenden oder auf Todesfall geschenkten wie der vermachten Sache nicht mehr zur Querel kommen: ist der zugewendete Gegenstand ganz entwehrt, so soll eine andre Sache oder der Geldwerth geleistet werden, bei theilweiser Entwehrung hat Ergänzung einzutreten. Inwieweit liegt hierin eine Neuerung?

Betrachten wir zunächst das Vermächtniß. Ist es auch Regel, daß der Beschwerte bei Unbekanntschaft des Erblassers mit dem fremden Eigenthum nur auf Ueberlassung des etwa bei ihm befind-

---

tem *ex rebus substantiae* fieri. Nov. 18 c. 1.: — non triuncium eis relinqui solum, sed etiam *tertiam propriae substantiae partem.* Ferner: — mediam eis *totius substantiae* relinqui partem. Aehnlich nov. 22 c. 48 pr. nov. 89 c. 12 § 3. Vergl. auch § 7 J. h. t. l. 8 § 11 D. l. 33 pr. C. eod. b. Aeußerungen im Einzelnen: 1. Dos und Eheschenkung Zeno l. 29 C. h. t.: — si *ex substantia* ejus profecta sit, cujus de hereditate agitur. 2. *Militia:* Justin. l. 30 § 2 C. eod.: — occasione militiae *ex pecuniis* mortui — adquisitae —.

[13]) Vergl. § 40. — Besonderes Gewicht war auf das vorliegende Erforderniß noch bei der Auslegung von l. 36 pr. C. h. t. zu legen. Vergl. § 39 unter II S. 316 f.

lichen Besitzes, nicht wegen Entwehrung haftet[14]), so soll doch nach Alex. l. 10 C. de legat. 6. 37 das Vermächtniß dann vollkommen wirksam sein, wenn besondere Umstände, z. B. eine nähere persönliche Beziehung zum Honorirten, den Willen des Erblassers annehmen lassen, den Vermächtnißnehmer auf jeden Fall mit dem ausgesetzten Gegenstande oder einem andern von gleichem Werthe zu bedenken[15]). Ein solches enges persönliches Verhältniß liegt nun doch grade bei den pflichttheilsberechtigten Personen vor: muß danach nicht gesagt werden, daß der Notherbe schon vor der l. 36 C. cit. auch im Fall der Entwehrung einen Anspruch aus dem Vermächtniß hatte, daß er demgemäß auch nur Werthsvergütung fordern, nicht zur Querel greifen konnte? Dann hat das neue Gesetz das bisherige Recht beim Vermächtniß bestätigt. Denn daß auch darin schwerlich eine Neuerung liegt, wenn die l. 36 C. cit. von einem *vel aliam rem vel pecunias restitui* spricht, wird unten gezeigt werden.

Zweifel erregt bei diesem Ergebniß eine Stelle aus dem patronatischen Pflichttheilsrecht, die l. 8 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. Ulpian handelt — so schon in den voraufgehenden, mit einander zusammenhängenden l. 6 § 4. l. 8 pr. D. eod. — vom Verzicht des Patrons auf die bon. poss. contra tabulas durch Annahme eines nicht den vollen Pflichttheil deckenden Vermächtnisses. In diesem Zusammenhange äußert l. 8 § 1 cit.:

> Si patronus legatum sibi relictum adgnoverit idque fuerit evictum, *competit ei legitimum auxilium*, quia id, quod speravit se habiturum, non habet. sed si non totum evictum sit, verum aliquo minus habet quam putavit, erit ei subveniendum.

Hier scheint der Jurist die Möglichkeit eines Anspruchs wegen Entwehrung durch die Gewährung der bon. poss. contra tabulas

---

14) § 4 J. de legat. 2. 20. l. 77 § 8 D. de legat. II° (31).

15) l. 10 C. cit.: — quod si suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi *proximae personae* vel uxori vel alii tali personae datum sit, *cui legaturus esset* et si scisset rem alienam esse. Vergl. auch Alex. l. 6 pr. C. de fideic. 6. 42. Neuner, hered. instit. ex re certa S. 273—275 Anm. 40. Arndts, Forts. von Glück 46 S. 155—157. Auffälliger Weise pflegt man die l. 36 pr. C. cit. bei der Besprechung der l. 10 C. cit. nicht zu berühren. Dagegen weisen Francke S. 396, Mühlenbruch S. 323 bei der Besprechung der ersteren Stelle auf l. 10 C. cit. hin, ohne übrigens das Verhältniß beider Gesetze zu einander näher zu entwickeln.

(legitimum auxilium) abzuweisen, und doch wird man nicht umhin können, die Vergünstigung der l. 10 C. cit. — Anm. 15 — auch auf den Patron zu beziehen. In Wahrheit jedoch erledigt sich die Schwierigkeit vollständig, wenn man im Auge behält, daß die l. 8 § 1 cit. von einem Verzicht handelt[16]). Danach liegt das Rechtsverhältniß so: der Patron hat sich das an sich unzureichende Vermächtniß als Abfindung des Pflichttheilsanspruchs genügen lassen wollen; wird ihm jedoch die vermachte Sache ganz oder theilweise entzogen, so ist ihm nun auch nicht entgegenzuhalten, er habe auf den Pflichttheil verzichtet[17]). Er wird ähnlich behandelt, wie nach der m. E. richtigen Meinung der Gläubiger, welchem die an Zahlungsstatt gewährte Sache entwehrt wird[18]): er hat die Wahl zwischen der Forderung wegen Entwehrung und dem ursprünglichen Pflichttheilsanspruch.

Ich nehme hiernach an, daß schon vor der l. 36 pr. C. cit. der Notherbe, dem eine in ihrem Werth dem Pflichttheil gleichkommende fremde Sache vermacht war, sich mit dem Anspruch gegen die Erben wegen Entwehrung begnügen mußte. Indessen wurde auf solchem Wege doch nur mittelbar ein Anspruch gegen diese Erben begründet: daraus wird es sich erklären lassen, daß in später Kaiserzeit die Frage streitig wurde, ob man in diesem Falle die Querel zu versagen habe. Auch über die Anwendung des in der obigen l. 10 C. de legat. 6. 37 enthaltenen, überall nicht scharf formulirten Prinzips konnten leicht Zweifel entstehen. Alles das bot für Justinian eine genügende Veranlassung, den Gegenstand im Wege der Gesetzgebung zu regeln. Die l. 36 C. cit. faßt zudem das Vermächtniß mit der Schenkung zusammen, bei dieser aber stellt die Anordnung des Gesetzes in der That eine erhebliche Neuerung dar;

---

[16]) Darauf bezieht sie auch Schmidt, Pflichtth.-R. S. 57 Anm. 67. — Nicht hieher gehört l. 31 D. eod.: die Entscheidung beruht darauf, daß der Patron durch das angenommene Vermächtniß des früher von ihm selbst an den Freigelassenen verkauften fremden Landguts von seiner Evictionsverbindlichkeit befreit, damit also in der That den Werth des Gegenstands erlangt hat. Vergl. *Pothier*, pand. Justin. 38. 2 num. 44 in d. Anm.

[17]) Aehnlich l. 8 pr. l. 46 D. eod. l. 12 § 1 D. de inoff. 5. 2.

[18]) Darüber l. 46 pr. § 1 D. de solut. 46. 3 (eine Stelle, welche selbst im Gedankengang der l. 8 § 1 cit. ähnlich ist). l. 8 C. de sent. et interloc. 7. 45. l. 24 pr. D. de pignor. act. 13. 7. l. 4 C. de evict. 8. 45. Näheres bei Römer, Leistung an Zahlungsstatt S. 38—62. Windscheid II § 342 Anm. 14.

darum konnte leicht beim Vermächtniß das Verhältniß der Vorschrift zum bisherigen Recht verdeckt bleiben.

Ohne Zweifel ist bei der Schenkung die Haftung des Schenkers im Fall der Entwehrung des geschenkten Gegenstands eine beschränkte; darüber aber, inwieweit sie dies ist, wird gestritten und läßt sich streiten. Ich schließe mich der herrschenden Meinung an, welche zwischen der Schenkung einer individuell und einer nur der Gattung nach bestimmten Sache unterscheidet[19]). Bei der Ersteren hat der Schenker, abgesehen vom Fall der Arglist, sicher nicht für Entwehrung aufzukommen, wenn er nicht die Haftung für diese zugesagt hat[20]). Demnach stellt sich die Bestimmung der l. 36 pr. C. h. t. ohne Weiteres als regelwidrig dar: denn das Gesetz verpflichtet die Erben im Fall der Entwehrung der auf den Pflichttheil geschenkten Sache — im Interesse der Aufrechthaltung des Testaments — unbedingt zur Vergütung. Auf den besonderen Inhalt dieser Verpflichtung komme ich sogleich. Ist eine generisch bestimmte Sache geschenkt, so ist der Schenker nach der erwähnten herrschenden Lehre im Fall der Entwehrung in Anspruch zu nehmen. Uneinig ist man hier wieder, ob die Verpflichtung — was ich für das Richtige halte — auf Gewährung einer andern Sache derselben Gattung geht[21]), oder ob der Beschenkte die Wahl hat zwischen diesem Anspruch und dem andern auf Gewährung des Interesse, welches er daran hat, daß ihm nicht das Eigenthum am Hingegebenen verschafft worden ist[22]). Die Frage ist die nach der Entstehung einer Verbindlichkeit aus der in der Uebergabe abgegebenen Willenserklärung. Nun scheinen mir schon die Gründe sehr gewichtig, welche Arndts und Brinz[23]) gegen die

---

[19]) Vergl. Glück 20 S. 237 ff. Vangerow III § 610 Anm. 2. Windscheid II § 366 Num. 4; weitere Litteratur bei den Genannten.

[20]) l. 18 § 3 D. de donat. 39. 5. l. 131 § 1 D. de V. O. 45. 1. l. 2 C. de evict. 8. 45. — Nahe steht der Haftung auf Grund des im Text erwähnten Versprechens der bei Windscheid a. a. O. mit Recht hervorgehobene Fall, wo eine fremde Sache als fremde geschenkt ist, nur daß hier keine Verbindlichkeit wegen Entwehrung vorliegt. Eine solche Schenkung kann, sofern sie wirklich die Sache und nicht etwa blos den Besitz zum Gegenstand hat, nur als Uebernahme der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums der Sache verstanden werden.

[21]) So Glück und Vangerow a. d. a. OO.

[22]) So Windscheid a. a. O., verglichen mit § 342 Anm. 6ª und 6ᵇ.

[23]) Arndts, Arch. f. civ. Prax. 50 S. 152 ff., verbunden mit S. 150 a. E.

Annahme einer solchen Verbindlichkeit im Fall der Uebergabe Zwecks der Bestellung einer Dos, ohne voraufgehendes Dotalversprechen, entwickelt haben: noch mehr aber halte ich in unserm Falle jene Auffassung für unstatthaft. Die Schenkung einer generisch bestimmten Sache ist nur so zu denken, daß zunächst ein Schenkungsversprechen ertheilt, die Uebergabe dann Behufs der Erfüllung vorgenommen wird. Steht aber nicht der in der Erfüllung erklärte Wille der Schuldtilgung in schärfstem Gegensatze zu dem Willen, sich verbindlich zu machen, und ist es danach möglich, daß diese zweite Willensbestimmung ohne Weiteres in der ersten begriffen sein sollte[24])?

Wie es scheint, ist die zuletzt besprochene Frage bei dem uns allein interessirenden Fall einer auf den Pflichttheil geschenkten Sache durch das Gesetz geregelt. Die l. 36 pr. C. cit. schreibt für den Fall der Entwehrung des (vermachten oder) geschenkten Gegenstandes vor: Sancimus — emendari vitium et vel aliam rem vel pecunias restitui —. Diese Bestimmung würde nicht wohl zu begreifen sein, wenn danach auch bei Entwehrung einer geschenkten Species nach Wahl des Erben eine andere Sache oder der Werth der entwehrten Sache geleistet werden sollte. Dagegen erhalten die Worte einen guten Sinn, wenn man das „vel aliam rem" auf die Schenkung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, das „vel pecunias" auf die Schenkung einer Species bezieht. So verstanden bestätigt das Gesetz für diesen einzelnen Fall die Ansicht, welche oben (bei Anm. 21) bezüglich der Verbindlichkeit des Schenkers bei Entwehrung der generisch bestimmten Sache vertheidigt wurde.

D. Zulässiger Ausschluß vom Pflichttheil.

§ 42.

1. **Aus gerechtem Grunde***).

Zum Rechtsgrunde der Querel gehört, daß der Notherbe lieblos von der Erbschaft ausgeschlossen ist; ähnlich stützt sich die Ergänzungs-

---

S. 151. Brinz II S. 1263 f. Vergl. dazu die entgegengesetzte Ausführung bei Windscheid II § 495 Anm. 5.

[24]) Von den bei Windscheid § 342 Anm. 6b angeführten Stellen (l. 16 D. de cond. c. d. 12. 4. l. 131 § 1 D. de V. O. 45. 1. l. 27 D. de solut. 46. 3. l. 45 § 1. l. 46 D. de legat. Io) ist zu sagen: die Verbindlichkeit, welche hier neben der Uebergabe her geht, wird nicht aus dieser abgeleitet, sondern aus der ursprünglichen Obligation, für welche die Uebergabe für sich allein keine genügende Erfüllung abgegeben hat.

*) Francke S. 289—298. Mühlenbruch 37 S. 118—133. S. 380—391.

klage auf die Thatsache einer ungerechtfertigten Verkürzung des Pflichttheils. Nicht immer aber verstößt der Erblasser gegen die Vorschriften des Pflichttheilsrechts, indem er den Notherben nicht oder nicht genügend bedenkt, es können ihm dabei rechtfertigende Gründe zur Seite stehen[1]). Ich bespreche zunächst die Ausschließungsgründe[2]), an zweiter Stelle die in Ansehung derselben geltenden Grundsätze über die Beweislast.

I. Bis auf die Nov. 115 waren jene Gründe nicht gesetzlich festgestellt, es war Sache der richterlichen Beurtheilung, ob im einzelnen Fall ein genügender Grund gegeben sei. Die Quellen enthalten eine Reihe hierauf bezüglicher casuistischer Angaben[3]); dabei erhebt erst Justinian die unbedingte Anforderung, daß ein an die Person des Notherben selbst anknüpfender Vorwurf vorliege[4]).

Daß ein Ausschließungsgrund oder auch nur ein Urtheil über die Person des betreffenden Notherben im Testament ausgesprochen werde, ist vom Standpunkt des uns hier beschäftigenden Pflichttheilsrechts der Zeit vor Nov. 115 nicht erforderlich. Nur wenn Etwas, aber zu wenig zugewendet wird, ist die Zulässigkeit des vom Testamentserben zu erhebenden Vorwurfs verdienter Verkürzung nach l. 30 pr. C. h. t. davon abhängig, daß der Erblasser den Vorwurf im Testament zum Ausdruck gebracht hat.

Bei der Pflichttheilsberechtigung der Geschwister begegnet in der vorliegenden Lehre eine zweifache Streitfrage. In früherer Zeit haben sich vereinzelte Stimmen dafür ausgesprochen, daß die gegen bescholtene Testamentserben zurückgesetzten Geschwister stets zur Anfechtung des letzten Willens zuzulassen seien, ohne Rücksicht darauf, ob in ihrer eigenen Person Ausschließungsgründe beständen[5]). Aus der heutigen Theorie ist diese unhaltbare Meinung verschwunden;

---

[1]) Daher in den Quellen das häufige Betonen der unverdienten wie der verdienten Ausschließung, — eine Thatsache, mit der die Beweisfrage überall nicht entschieden ist. Vergl. pr. J. h. t. 2. 18. l. 5 D. eod. l. 3. 18. 22. 23 C. eod. l. 132 pr. D. de V. O. 45. 1. l. 7 pr. D. de bon. libert. 48. 20.

[2]) Durch diese kann auch durchweg, wie begreiflich, die bloße Schmälerung des Pflichttheils begründet werden.

[3]) l. 18. 19. 20. 23. 28. l. 33 § 1 C. h. t. Dazu nov. 22 c. 47. Vergl. auch Plin. V ep. 1.

[4]) Vergl. einerseits l. 3 § 5 D. de B. P. co. tab. 37. 4, anderseits l. 33 § 1 C. h. t. 3. 28.

[5]) Vergl. die Angaben bei Glück VII S. 402. Francke S. 381.

in der That kommen die Geschwister durch die Berufung bescholtener Erben dem Testament gegenüber lediglich in die Lage, in der sich andere Pflichttheilsberechtigte ohne Weiteres befinden[6]).

Mehr Bedeutung hat die Behauptung, daß für Geschwister nach positiver Bestimmung nur drei Ausschließungsgründe bestehen: Lebensnachstellungen, Anklage wegen peinlichen Verbrechens, versuchte Zufügung eines Vermögensverlusts[7]). Man hat sich dafür auf nov. 22 c. 47 pr. berufen; ein Blick auf das Gesetz dient zur Widerlegung. Justinian hat in dem voraufgehenden Kap. 46 § 2—4 bestimmt: stirbt ein Kind mit Hinterlassung von Geschwistern sowie der Mutter, so sollen diese Angehörigen neben einander erben, doch soll die Mutter, falls sie zu einer weiteren Ehe geschritten ist oder noch schreitet, an dem aus dem väterlichen Vermögen herrührenden Theile der Kindeserbschaft nur den Nießbrauch erhalten, die Proprietät dagegen an diejenigen Geschwister des verstorbenen Kindes verlieren, die sich weder gegen dieses Kind, noch gegen die Mutter undankbar erzeigt haben. Eben mit Bezug auf diesen Fall wird in c. 47 pr. der unter Geschwistern zu erhebende Vorwurf der Undankbarkeit auf die obigen drei Vergehungen beschränkt. Hier steht augenscheinlich keine Notherbfolge in Frage, es handelt sich um eine nach Gesetzesvorschrift eintretende, zudem auf bestimmte Vermögenstheile beschränkte Succession: die Vorschrift selbst aber ist augenscheinlich eine singuläre. Beide Rücksichten müssen die Uebertragung auf das Pflichttheilsrecht der Geschwister verbieten. Für Letzteres dürfen zwar die erwähnten drei Gründe neben möglichen andern[8]) als Ausschließungsgründe gelten: Princip aber ist noch heutzutage, daß der Richter unter freier Würdigung des concreten Thatbestands zu befinden hat, ob ein die Zurücksetzung des Notherben rechtfertigender Grund anzunehmen ist.

---

[6]) Vergl. namentlich l. 27 C. h. t.

[7]) So *Donell.* comment. de jure civ. VI c. 15 n. 2. In lib. XIX c. 4 n. 11 fügt Donell zwei weitere Fälle hinzu, in denen die Ausschließung der Geschwister wirksam sein soll. Der eine ist die Einsetzung eines Sclaven als heres necessarius, nach l. 27 in f. C. h. t., der andre soll nach l. 11 C. eod. dann gegeben sein, wenn dem Notherben die nämliche Bescholtenheit zur Last fällt, wie dem eingesetzten Erben. Vergl. über diese Ansicht Glück VII S. 206 ff. Francke S. 292. Mühlenbruch S. 382—391.

[8]) Einen ferneren Grund (Vernachlässigung des Erblassers in einer Geisteskrankheit) gibt vermöge ihrer weiten Fassung die Nov. 115 Kap. III § 12 an die Hand.

Aus dem patronatischen Pflichttheilsrecht ist nur zu bemerken, daß der Patron wegen bestimmter Gründe, die schon in der classischen Zeit feststanden, des Anrechts auf die bon. poss. contra tabulas verlustig gehen konnte. Für das Pflichttheilsrecht der Verwandten haben die einzelnen Gründe keine Bedeutung; ich begnüge mich daher mit einer Verweisung auf die erschöpfende Darstellung bei Schmidt, Pflichtth.-R. S. 42 ff.

II. Während die Nov. 115 auf das Bestimmteste dem eingesetzten Erben den Beweis des vom Erblasser im letzten Willen zu bezeichnenden gesetzlichen Ausschließungsgrundes abfordert, lassen die Quellen rücksichtlich des früheren, bei der Beweisfrage maßgebenden Rechts Zweifel bestehen. Die herrschende Meinung geht dahin, an erster Stelle habe der Pflichttheilsberechtigte sein Wohlverhalten darzuthun: einem so allgemein gefaßten Beweissatze gegenüber werde jedoch der Testamentserbe meist zur Angabe und zum Beweise eines bestimmten Ausschließungsgrundes genöthigt sein [9]). Die entgegengesetzte Meinung vertheidigt Francke [10]); er führt sie so aus: Der Anspruch auf den Pflichttheil ist für die berechtigten Personen durch das Gesetz begründet; die Behauptung, dieser Anspruch sei zufolge Vergehens verloren gegangen, erscheint als eine vom andern Theil zu beweisende Einrede. Ich glaube nach Lage der Quellen dieser zweiten Ansicht folgen zu müssen.

Die einzige wirkliche Stütze der herrschenden Lehre ist die Berufung auf den vermeintlichen Klaggrund der Querel; dieser soll nach l. 3. l. 5 D. h. t. 5. 2 in der Behauptung des Klägers bestehen, „daß er durch die Ausschließung lieblos vom Testirer behandelt sei." (Mühlenbruch S. 123 f.) Nach meiner Ueberzeugung sprechen die Stellen von einem bloßen Vorbringen des Klägers, ohne damit den Klaggrund feststellen zu wollen; — ganz bestimmt sprechen sie nicht von der Beweislast. Indem ich zu ihrer Betrachtung schreite, hebe ich vor Allem hervor, daß sie eine einige, ununterbrochene Ausführung des Marcellus darstellen. Dies zeigt nicht allein die Inscription (lib. III Dig.), sondern auch die zwischen

---

9) Vergl. namentlich Mühlenbruch 37 S. 123—133. Zustimmend Arndts II S. 581 bei Anm. 115. Vangerow II § 478 Anm. unter 3. Windscheid III § 583 bei Anm. 5.

10) Recht der Notherben S. 292—298. Frühere Vertreter dieser Auffassung das. S. 293 Anm. 15. 16.

beiden Fragmenten bestehende enge Verbindung [11]). Die l. 3 cit. lautet:

Inofficiosum testamentum dicere hoc est *allegare*, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.

Hier zeigt das „allegare" mit voller Bestimmtheit, daß von einem bloßen Sichbeschweren über die Ausschließung von der Erbfolge die Rede ist; rücksichtlich der Begründung der Beschwerde („quare") wird nichts beigebracht. Eben auf diese Aeußerung aber kommt Marcellus nach einer kurzen Auslassung über das „exheredare vel praeterire" (vergl. Anm. 11) in l. 5 cit. mit den Worten zurück:

— hujus autem verbi „de inofficioso" vis illa *ut dixi* est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum —,

er schließt dann mit einer kurzen Andeutung über die Verwendung des color insaniae. — Ist darin, wie das Mühlenbruch unter Verweisung auf das „docere" behauptet, ein Ausspruch über den vom Kläger zu führenden Beweis gegeben? Bestimmt nicht. Daß das „docere" zu einer solchen Annahme nicht nöthigt, liegt auf der Hand, es bezeichnet oft genug das bloße Parteianführen [12]). Und daß das Wort im vorliegenden Falle in diesem Sinne genommen werden muß, ergibt sich aus dem innigen Zusammenhange mit l. 3 cit. Marcellus will die in letzterer Stelle niedergelegte Aeußerung wiederholen, und darum würde es unbegreiflich sein, wenn er dem Leser einen Sprung vom Parteivorbringen (allegare) zum Beweise zumuthete.

---

[11]) In l. 3 cit. — so namentlich wiederholt am Schluß — ist darauf hingewiesen, daß die Querel Beschwerde über Enterbung oder Uebergehung sei. Eben dies erläutert der erste Satz von l. 5 cit. durch den Hinweis auf solche Querelberechtigte, die kein formelles Notherbenrecht haben: Nam et his, *qui non ex masculis descendunt*, facultas est agendi. cum *et de matris testamento* agant et optinere assidue soleant. — (Hieran schließen sich die sogleich im Text mitzutheilenden Worte an.)

[12]) Vergl. l. 2 D. de extraord. cogn. 50. 13: De usu aquae, de rivis novis inciviliter institutis — praesidem provinciae *doceri* oportere —. l. 7 D. de ann. leg. 33. 1: — si praetor *doctus* sit non expedire pupillum eo morari —. *Dirksen* man. v. docere § 2. v. doctus § 1.

Hiernach sagen beide Stellen nur aus, daß Kläger vor Gericht anbringt, er sei unverdient ausgeschlossen[13]); damit ist es vollkommen verträglich, daß auch vor der Nov. 115 der Beklagte behaupten und beweisen mußte, die Ausschließung sei eine gerechtfertigte. Und das nimmt Francke mit Recht an, er geht nur insofern zu weit, als er der entgegengesetzten Ansicht vorwirft, sie fordere vom Kläger etwas Unmögliches, wenn derselbe beweisen solle, daß er sich niemals einer zur Ausschließung berechtigenden Handlung schuldig gemacht habe. Ein solcher Beweis wird von den Vertretern jener Ansicht nicht verlangt[14]). Wohl aber ist der von uns angefochtenen Lehre entgegenzuhalten, daß die Art, wie sie den Klaggrund der Querel bestimmt, eine unnatürliche ist. Das nahe verwandtschaftliche Verhältniß des Notherben zum Erblasser, sofern es Ersteren beim Tode des Erblassers in der ersten Reihe der gesetzlichen Erben erscheinen läßt, muß als völlig zureichender, darum einziger Grund des Anspruchs auf den Pflichttheil behandelt werden[15]). Fehlt es daher an der Bedenkung eines solchen Verwandten, so ist auch dessen Ausschließung ohne Weiteres als eine ungerechtfertigte zu bezeichnen. Die Annahme, daß besondere Thatsachen vorgelegen hätten, welche den Kläger jener nahen Verwandtschaft ungeachtet der Berücksichtigung unwerth machten, erscheint so lange nicht veranlaßt, als nicht solche Thatsachen vom Testamentserben behauptet und bewiesen werden.

Führt schon zu einer derartigen Regelung der Beweislast die Betrachtung der juristischen Natur der hier zu erwägenden Klagebehauptungen und Gegenbehauptungen, so muß es auch als unbestreitbar bezeichnet werden, daß derselbe Satz in den Quellen in einer ganzen Reihe von Aussprüchen von der Zeit Diocletian's an ausgeprägt ist: in ihnen allen wird ohne Einschränkung dem Testaments-

---

[13]) Das Gleiche lehrt das dem Inhalt nach nah verwandte pr. J. h. t. 2. 18: — inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui *queruntur* aut inique se exheredatos aut inique praeteritos —.

[14]) Vergl. einerseits Francke S. 293, anderseits Mühlenbruch S. 125—127. Nach Letzterem soll es als Beweis der lieblosen Gesinnung des Erblassers genügen, „wenn nach den vorliegenden Umständen die Würdigkeit des Klägers und „das zwischen ihm und dem Testirer stattgefundene gute Vernehmen so lange angenommen werden muß, bis das Gegentheil dargethan wird".

[15]) Vergl. an Stellen, welche lediglich das verwandtschaftliche Verhältniß betonen: l. 4. l. 6. l. 15 pr. D. h. t. 5. 2. l. 3. l. 17. l. 21. l. 27 C. eod. 3. 28.

erben der Beweis eines Ausschließungsgrundes aufgelegt[16]). Und dabei erscheint es gradezu undenkbar, daß überall die Voraussetzung eines vorher vom Kläger zu erbringenden Hauptbeweises über sein ordnungsmäßiges Verhalten gegen den Erblasser mit Stillschweigen übergangen sein sollte. Eben dies aber muß die von uns bestrittene Ansicht annehmen: die Stellen sollen von der Ordnung der Beweislast überall nicht reden, den Kläger von dem ihm vermeintlich obliegenden Beweise jenes Wohlverhaltens nicht befreien[17]).

Uebrig ist nur noch Eine Aeußerung der Quellen, die l. 28 C. h. t. von Constantin. Diese scheint im Eingang von dem mit der Querel auftretenden Sohne im Gegensatz zu der in gleicher Lage befindlichen Mutter den Beweis seines pflichtmäßigen Verhaltens zu fordern, bei der Klage der Mutter eine amtliche Untersuchung der Frage des verdienten Ausschlusses anzuordnen. Allein schon bei einer solchen Auffassung würde sich keine der streitenden Ansichten auf Constantin's Gesetz berufen können: wie die Ordnung in Ansehung der Descendenten der von uns behaupteten Regel, so widerspräche die Behandlung der Ascendenten den Grundsätzen, welche von der herr-

---

16) Der Raumersparniß wegen bringe ich die Aeußerungen in die Anmerkung: a. Dioclet. l. 22 C. h. t. Si — filia — exheredata facta minime probetur nihilque ei relictum est *neque justas causas offensae praestitisse convincatur* —. b. Nov. Major. tit. VI § 8. — Haen. c. 312 —: quidquid ab ea (sc. matre) *non justis causis exheredationis exstantibus, quas sine dubio probaturus est, qui videtur filiis anteferri*, donatum fuerit vel relictum —. c. Justin. l. 30 pr. C. h. t.: — liceat — id quod minus portione legitima sibi relictum est — exigere, *si tamen non ingrati legitimis modis arguantur*, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit —. d. Id. l. 34 C. eod. — posse nepotem eandem causam (sc. inofficiosi querellae) proponere: et *si non heres apertissimis probationibus ostenderit ingratum* patrem nepotis *circa testatorem fuisse*, testamento remoto ab intestato eum vocari —. e. Id. l. 10 C. de sec. nupt. 5. 9: — Eos etenim liberos hujusmodi beneficio defraudari volumus, *qui re ipsa ingrati circa suam antiquitatem ab heredibus genitorum liquidis et indubitatis probationibus convicti fuerint* ex hujusmodi casibus, qui antea priscis legibus enumerati sunt. f. Nov. 92 c. 1 § 1: Haec autem dicimus de filiis gratis existentibus eis, non de ingratis et quibus pater *justam et legitimam ingratitudinem infert. Nam si hoc ita se habere apparuerit et approbentur ingratitudinis causae*, sint ea quae in lege de ingratis posita sunt rata —.

17) So Mühlenbruch S. 128.

schenden Lehre aufgestellt werden. Die richtige Auslegung der l. 28 C. cit. ist wiederholt ausgeführt worden. Die ursprüngliche Fassung der Constitution liegt uns in l. 2 C. Th. h. t. 2. 19 vor, dieselbe ist ungeschickt von den Compilatoren verändert: aus jenem ursprünglichen Wortlaut aber ergibt sich, daß Constantin die Beweislast bei der Querel nicht regeln, vielmehr die Frage des materiellen Rechts feststellen wollte, ob überhaupt der Mutter gleich den Descendenten Ausschließungsgründe entgegengehalten werden könnten [18]).

Zur Empfehlung der hier ausgeführten Ansicht über die Beweisfrage dient es, daß dieselbe nicht allein jeden Widerspruch unter den vor der Nov. 115 liegenden Aussprüchen der Quellen beseitigt, sondern auch übereinstimmende Beweisgrundsätze für das frühere Recht und das Recht der Novelle gewinnt. Es ist in der That nicht glaublich, daß Justinian, wenn er in drei Constitutionen des Codex und noch in Nov. 92 (Anm. 16 c. — f.) den Testamentserben den Beweis eines genügenden Ausschließungsgrundes auflegte, dies in einem andern Sinne gethan haben sollte, als in dem unzweideutig in der Nov. 115 dargelegten.

§ 43.

2. Ausschließung in wohlmeinender Absicht *).

I. Die soeben erörterte Art der Ausschließung (§ 42) will dem Notherben die Aussicht auf den Pflichttheil lediglich darum entziehen oder verkürzen, weil er nach der Ansicht des Erblassers eine solche Zurücksetzung durch sein Verhalten verdient hat, sie trägt also die Merkmale eines dem Pflichttheilsberechtigten willentlich vom Erblasser zugefügten Uebels an sich. Eine Entziehung oder Schmälerung des Pflichttheils kann indessen auch deshalb Bedürfniß werden, weil der Notherbe sich nicht als eine zu dessen Uebernahme und Verwaltung geeignete Person darstellt; sie wird ausgesprochen in seinem eignen, oft zugleich in seiner Descendenten Interesse, also in wohlmeinender Absicht. Schon angedeutet ist, daß diesem Gegensatz nicht allein für das Gebiet der Enterbung, oder allgemeiner der Ausschließung von der Erbschaft Geltung zu-

[18]) So schon *Jac. Gothofredus* comment. ad l. 2 C. Th. cit., neuerdings Mühlenbruch S. 128—133. Vangerow a. a. O.

*) Francke S. 422—444. Mühlenbruch 37 S. 391—465. K. Schmidt, Arch. f. civ. Prax. 54. S. 357—406.

kommt; — auch die Beschränkung des Pflichttheils durch Bedingung, Zeitbestimmung, Vermächtniß oder sonstige Auflage kann sich auf den einen wie andern Grund stützen[1]).

Der berührte Gegensatz, der in den Lebensverhältnissen eine gegebene Grundlage findet, liegt in den Quellen des römischen Rechts deutlich vor uns. Trotzdem ist mehrfach der Annahme einer besonderen Enterbung in wohlmeinender Absicht widersprochen; der Widerspruch ist in neuerer Zeit näher ausgeführt von Francke (Anm. *). Nun hat zwar die Beweisführung des Letzteren wenig Anklang gefunden, insbesondere haben die beiden gründlichen Darstellungen von Mühlenbruch und K. Schmidt an der herrschenden Lehre festgehalten: trotzdem glaube ich jener abweichenden Ansicht um der hohen Bedeutung willen, welche Francke's Werk zukommt, insoweit Rechnung tragen zu müssen, als ich die Beweise für das Bestehen der exheredatio bona mente als eines selbständigen Rechtsinstituts an die Spitze stelle. Dieselben fügen sich leicht in die systematische Entwicklung der Lehre ein, indem mit ihnen die Darstellung der in der Person des Notherben gegebenen Gründe in Verbindung gebracht wird, zufolge deren der Erblasser eine wohlmeinende Ausschließung verfügen kann. Eine solche erscheint nach den Quellen gerechtfertigt,

A. wenn der Pflichttheilsberechtigte Verschwender ist. In l. 16 pr. D. de curat. fur. 27. 10 hat Tryphonin bemerkt: habe der Vater für seinen wenngleich großjährigen geisteskranken Sohn einen Curator im Testament ernannt, so sei dieser vom Prätor zu bestätigen. Nach § 1 soll das Gleiche geschehen, wenn ein Vormund für den verschwenderischen Sohn ernannt wird. Auf die daran geknüpfte Frage, ob hier die Bestätigung unter allen Umständen auszusprechen sei, oder nur dann, wenn die Persönlichkeit des Sohnes den Prätor auch ohne die Anordnung des Vaters zur Bestellung eines Vormunds veranlaßt haben würde, zumal wenn der Verschwender Kinder habe, wird die Antwort erst im § 3 der Stelle ertheilt[2]). Eingeschoben

[1]) Der Kürze wegen wird im Folgenden nur von der Ausschließung gesprochen.

[2]) Dort lehrt Tryphonin, der Prätor habe dem vom Vater über den Sohn ausgesprochenen Urtheil jedenfalls Folge zu geben. Indessen ist das nur insoweit anzunehmen, als nicht die Verfügung des Vaters offenbar ungerecht ist. Vergl. Mühlenbruch S. 434—436 und (wegen der Bedeutung der Curatel) Windscheid II § 446 Anm. 9.

aber ist als § 2 eine auf unsre Lehre bezügliche Aeußerung, die so lautet:

Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, *si eos jussisset heredes esse et exheredasset filium* eique quod sufficeret alimentorum nomine ab eis certum legasset addita causa necessitateque judicii sui: aut si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato jam filio nati fuissent, *sub condicione eos heredes instituere, ut emanciparentur a patre prodigo.*

In diesem Ausspruche, der seiner besonderen Wichtigkeit wegen ganz mitzutheilen war, besitzen wir ohne Frage eine Anwendung der Enterbung in wohlmeinender Absicht[3]). Die ganze Anordnung soll vom Erblasser aus Vorsorge für seine Descendenz getroffen werden („providere"): in diesem Sinne werden über den Kopf des Verschwenders hinweg dessen Kinder als Erben gerufen, für den Sohn aber wird durch Aussetzen von Alimenten gesorgt. Auch das von Tryphonin empfohlene Anführen des Grundes, welcher zu solchen Vorsichtsmaßregeln nöthigt, soll den auf das Wohl der Nachkommen gerichteten Sinn des Erblassers darlegen. Die am Schlusse für den Fall bestehender väterlicher Gewalt des Verschwenders in Aussicht genommene Bedingung der Emancipation der (zu Erben zu ernennenden) Kinder soll unter B berührt werden. (Vergl. Anm. 8.)

Von den Gründen, um deren willen Francke die Beweiskraft der l. 16 § 2 cit. bestreitet, sind hier nur zwei zu berühren. Der Zusammenhang der l. 16 § 2 cit. mit der Enterbung in wohlmeinender Absicht wird bestritten, weil die letztwillige Verfügung nicht das Beste des verschwenderischen Sohnes in's Auge fasse, sondern das der Enkel; daneben sucht Francke die Thatsache einer Verletzung des regelmäßigen Pflichttheilsanspruchs des Sohnes zu beseitigen, indem er bei der für den Letzteren vorbehaltenen Zuwendung dessen, „quod *sufficeret* alimentorum nomine" im Gedanken ein ad excludendam querellam" ergänzt[4]). Letztere Auskunft ist augenscheinlich unhaltbar, das „alimentorum nomine" lehrt, daß von einem „zureichenden" Lebensunterhalt die Rede ist[5]). Aber auch jener erste Einwurf hat kein Ge-

[3]) Dafür nachdrücklich Bas. 38. 10. 16 schol. 1 und 2 (schon von Mühlenbruch herangezogen).

[4]) Francke S. 437. Gegen ihn ausführlich Mühlenbruch S. 442—445.

[5]) Vergl. Bas. 38. 10. 16: — *καὶ ληγατεύειν αὐτῷ τὰ πρὸς ἀποτροφὴν ἀρκοῦντα.* Schol. 1 ib.: — *καὶ ἐκέλευσε παρέχεσθαι — τὰ ἀρκοῦντα πρὸς ἀποτροφήν —.*

wicht. Es ist grade das Charakteristische der Enterbung in wohlmeinender Absicht, daß bei ihr der Erblasser von den Schranken des Pflichttheilsrechts entbunden erscheint, um nach freiem Ermessen und unter vollständiger Erwägung der ihm vorliegenden concreten Verhältnisse sein Vermögen zum Wohl des Notherben zu verwenden. Darum wird sich die Abweichung von den gewöhnlichen Anforderungen des Notherbenrechts je nach Lage des einzelnen Falles verschieden gestalten. Nun war nach l. 16 § 2 cit. der Verschwender Familienvater, er überkam also mit des Vaters Tode die Verpflichtung, für seine Kinder zu sorgen: darum wurde in erster Linie grade seinem Interesse Rechnung getragen, indem der Hauptstock des Erbtheils den Kindern gesichert, ihm selbst der erforderliche Unterhalt gewährt wurde.

B. Ein zweites Beispiel ist dieses. Der Notherbe steht in der väterlichen Gewalt eines Mannes, von dem nachtheilige Verfügungen über die Erbschaft zu befürchten sind: hier kommt es darauf an, den Erwerb der Erbschaft für den Gewalthaber zu hindern; zu dem Ende ist die Einsetzung an die Bedingung der Emancipation zu knüpfen. In solcher Weise hatte nach l. 25 C. h. t. 3. 28 eine Mutter ihre Kinder zu Erben ernannt, der Vater war dann mittelst der dem bedingt Eingesetzten angebotenen bon. poss. secundum tabulas in den Besitz des Erbtheils gelangt; in der Folge aber wurde es streitig, welche Wirkungen sich an die bonor. possessio knüpften, und ob der Vater Namens der Kinder gegen die außer diesen im Testament gerufenen Erben die Querel anstellen könnte. Bezüglich dieser Fragen rescribiren Diocletian und Maximian: die bonor. possessio sei unwirksam [6]), auch fehle jeder Grund zu einer Namens der Kinder zu erhebenden Querel,

---

[6]) Mit Rücksicht darauf eben würde der Schluß des Rescripts, falls er ächt wäre, sagen: „(et ideo?) restituere debet“ sc. pater. Allein die Aechtheit dieser Worte, die in den Basiliken (39. 1. 50) nicht erwähnt sind, muß mit Francke S. 427 bestritten werden: auch die Ausgabe von Krüger will sie streichen. Läßt man sie unangetastet, so muß gesagt werden, an wen das Vermögen herausgegeben werden soll. Da an eine Namens der Kinder zu erhebende Querel gedacht wurde, so mußte zur Zeit des Rescripts das Gewaltverhältniß noch bestehen, und darum kann nur Herausgabe an die Testamentserben gemeint sein. — Ausführlich über die Stelle Mühlenbruch S. 414—421 (derselbe nimmt mit Unrecht Zwang gegen den Vater an, zur Emancipation und Herausgabe der Erbschaft an die Kinder); vergl. auch K. Schmidt S. 372.

— quibus nullam injuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum. —

Auch hier ist die Beziehung auf die gegenwärtig zu untersuchende Art der Enterbung unverkennbar. Auf sie deuten die abgedruckten Worte hin, indem diese die Fürsorge der Mutter für die Kinder, damit das Nichtvorhandensein einer Kränkung betonen [7]). Und in Uebereinstimmung damit heißt es im Eingang: „Filiis matrem — ita posse consulere“ cet. Dazu kommen gewichtige sachliche Gründe. Wie bei der obigen l. 16 § 2 D. de cur. fur. 27. 10 durch unzureichende Zuwendung, so ist hier der Pflichttheilsberechtigte durch unstatthafte Beschwerung mittelst casueller Bedingung verletzt. Trotzdem soll die Querel nicht stattfinden, — offenbar nur darum, weil eine Ausschließung in wohlmeinender Absicht gegeben ist. Wenn Francke (S. 427 f.) das Vorhandensein einer Verletzung leugnet, da die Erbschaft den Kindern auf die Zeit zugewendet sei, wo sie dieselbe erwerben können, so trägt er dem Wesen der Querel nicht Rechnung. Ob eine Kränkung der Pflichttheilsberechtigten anzunehmen ist, entscheidet sich spätestens nach dem Zeitpunkt, wo die Querel entsteht, also nach dem Antritt des Testamentserben. So lassen l. 8 pr. l. 22 pr. § 1 D. h. t. 5, 2 die Klage ohne Rücksicht auf die väterliche Gewalt sogleich für das Hauskind entstehen. Eben diesen Standpunkt theilt nach den oben mitgetheilten Worten die l. 25 C. cit., sie spricht die Querel einzig deshalb ab, weil die bei der Erblasserin vorhanden gewesene Willensbestimmung dem Gedanken einer injuria entgegentrat.

Bestätigt wird der Zusammenhang der l. 25 C. cit. mit der exheredatio bona mente durch einen verwandten Ausspruch des Pomponius in l. 16 D. de B. P. co. tab. 37. 4 [8]).

Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissam hereditatem, si liberatus avi potestate

[7]) Vergl. Bas. 39. 1. 50 schol. 3 in f.

[8]) Dieselbe Form der Fürsorge für die Descendenten, wie sie in l. 25 C. cit. vorliegt, begegnet im Schlußsatz der unter A. behandelten l. 16 § 2 D. de cur. fur. 27. 10, nur daß es sich dabei nicht um Notherben des Erblassers handelt. Standen die Enkel in der Gewalt ihres verschwenderischen Vaters, so kam es für den Großvater darauf an, diesem jede Verfügung über die Erbschaft unmöglich zu machen. Zu dem Ende sollte Einsetzung der Enkel unter der Bedingung erfolgen, daß dieselben vom Vater emancipirt würden.

fuisset, reliquisset: *si suspectus avus sit quasi consumpturus bona nepotis*, non esse ei dandam bonorum possessionem.

Der Emancipirte hat sein in der Gewalt des Großvaters verbliebenes Kind präterirt, dem zum Erben eingesetzten Dritten aber die Herausgabe der Erbschaft an das Kind aufgegeben, sofern dieses von der Gewalt des Großvaters frei werde. An sich müßte hier Letzterem durch den Enkel die bon. poss. contra tabulas erworben sein: allein diese soll ihm nach Pomponius versagt werden, wenn von ihm die Verschwendung des Erbtheils zu befürchten ist [9]). Der Thatbestand der Stelle steht mit dem Grundgedanken der Enterbung in wohlmeinender Absicht in engster Berührung: die gleiche durch die Persönlichkeit des Gewalthabers begründete Gefahr führt hier wie im Fall der l. 25 C. cit. den Erblasser zu dem Entschlusse, die Zuwendung an das zu bedenkende Kind durch die Aufhebung des Gewaltverhältnisses zu bedingen. Daß in l. 16 cit. Präterition und nicht (Enterbung oder) bedingte Einsetzung vorausgesetzt ist, daß die Bedingung der Emancipation nicht einer Erbeseinsetzung, sondern einem Erbschaftsvermächtniß beigefügt ist, steht der Annahme engster Verwandtschaft nicht entgegen.

Widerspruch findet sich auch hier bei Francke (S. 430): er hält die Stelle für unerheblich, weil die bonor. possessio dem Großvater abgesprochen werde, daraus aber nicht zu ersehen sei, ob sie dem Notherben selbst versagt worden wäre. Allein hierauf ist kein Gewicht zu legen. Dem Gewalthaber kommen die Vortheile des Notherbenrechts zu gut oder nicht zu gut, je nachdem sie ihm durch den in seiner Gewalt stehenden Berechtigten erworben oder nicht erworben werden. Gerade so stand ja nach l. 25 C. cit. in Frage, ob dem Vater aus der Person des seiner Gewalt unterworfenen Notherben die Querel gebühre [10]). Demnach kommt auch nicht in Betracht, daß hier wie dort ein selbständiges Geltendmachen Seitens des Hauskindes auch für die Zukunft nicht

---

[9]) Man streitet darüber, ob die Entscheidung sich innerhalb des Rechts der bon. poss. contra tabulas als Ausnahme darstellt. Gewiß ist sie das, und zur Erklärung dessen, daß die bon. possessio versagt wird, dient der Umstand, daß es sich um eine bon. poss. decretalis handelt. Vergl. Ad. Schmidt, R. d. Notherben S. 82 f. Anm. 54, wo weitere Litteratur.

[10]) l. 25 C. cit.: — neque ei *nomine filiorum* inofficiosi eo modo actionem posse competere —.

denkbar ist: dies beruht lediglich darauf, daß die concrete Bedingung mit der Aufhebung der väterlichen Gewalt erfüllt ist.

Nach einer andern Seite hin wird die l. 16 cit. später benutzt werden: sie ist die einzige Stelle, welche es betont, daß die Verfügung des Erblassers auch objectiv dem wohlverstandenen Interesse des Notherben entsprechen mußte.

C. Der letzte Fall der Quellen ist die Ausschließung eines an sich zu Bevormundenden, — eines Wahnsinnigen oder Unmündigen. Von Beiden handelt Ulpian in l. 12 § 2 D. de bon. libert. 38. 2. Die Kinder des Patrons blieben von der bon. poss. contra tabulas gegen das Testament des väterlichen Freigelassenen ausgeschlossen, wenn sie im Testament des eigenen Vaters enterbt waren[11]). Diesem Satze spricht l. 12 § 2 cit. die Geltung für den Fall ab, wo die Enterbung *non mala mente sed alia ex causa* erfolgt war[12]). Beispiele solcher Ausschließung sollen sein, wenn der Notherbe wegen seines Wahnsinns, oder weil er unmündig war, enterbt, der eingesetzte Erbe aber zu seinen Gunsten mit einem Fideicommiß der Erbschaft beschwert würde. Damit stimmt völlig überein die Bemerkung desselben Juristen in l. 18 D. de lib. 28. 2:

Multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, *sed ut eis consulant*, ut puta *impuberibus*, eisque fideicommissam hereditatem dant.

In beiden Stellen (und ebenso in l. 47 D. de bon. libert. 38 2 — Anm. 11) wird deutlich der Gegensatz einer Enterbung *notae causa* und einer solchen, welche *non mala mente* erfolgt, hervorgehoben. Auch begegnet in l. 18 cit. der Zweck, durch die Verfügung für den Notherben zu sorgen (consulere), ganz wie dieser Zweck in der unter A. und B. besprochenen l. 16 § 2 D. de cur. fur. 27. 10. l. 25. C. h. t. betont wurde. Aber liegt denn in l. 12 § 2 l. 18 citt. eine Verkürzung der materiellen Notherbenberechtigung vor? Das bestreitet Francke[13]): in l. 12 § 2 cit. soll

[11]) l. 10 § 1 — l. 13 D. de bon. libert. 38. 2. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 46—48.

[12]) Dasselbe wird ausgesprochen in l. 47 D. eod. in Bezug auf eine Enterbung, quae *non notae gratia*, sed alio consilio adjecta est —.

[13]) S. 432—436. S. 424—427. Auch Windscheid glaubt nicht (III § 583 Anm. 9), daß die herrschende Lehre, wie sie es thut, sich auf die beiden Fragmente berufen dürfe.

lediglich ausgesprochen sein, daß nur der verdienter Weise zur Strafe Enterbte, nicht der aus jedem andern Grunde willkürlich Ausgeschlossene sein Recht gegen die väterlichen Freigelassenen verloren habe; — ebenso soll l. 18 cit. nur den Erfahrungssatz enthalten, nicht jede Enterbung geschehe zur Strafe, es liege ihr nicht immer eine bösliche, sondern auch wohl eine gute Absicht zu Grunde. Indessen wird doch in beiden Stellen gleichmäßig von Ulpian hervorgehoben, daß mit der Enterbung ein Erbschaftsvermächtniß an den Notherben verbunden werde: hat nun Francke selbst den Sinn dieser Bemerkung bei der Erörterung der l. 18 cit. klar ausgesprochen, so hätte er ihn doch bei der völlig übereinstimmenden l. 12 § 2 cit. nicht unbeachtet lassen sollen. Offenbar hat man bei den Stellen an Erbschaftsvermächtnisse zu denken, die dem Vermächtnißnehmer erst längere Zeit nach dem Tode des Erblassers gewährt werden sollten, — dem Unmündigen etwa bei eingetretener Mündigkeit, dem Geisteskranken nach der Genesung. Eine solche auf einen Unmündigen bezügliche Verfügung der Mutter bespricht Papinian in l. 3 § 3 D. de usur. 22. 1; er faßt hiebei das Motiv der Erblasserin in die Worte:

quod lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat[14]).

Es kann sich demnach nur fragen, ob zu Ulpian's Zeit die Hinterlassung des Pflichttheils unter aufschiebender Bedingung oder Befristung zur Querel Veranlassung gab. Für die bedingte Zuwendung ergibt sich die Bejahung aus der obigen Erörterung über l. 25 C. h. t. (unter B), — bezüglich der Befristung muß entgegen der abweichenden Ansicht von Francke (S. 426) das Gleiche behauptet werden[15]). Dafür spricht zunächst l. 32 C. h. t. Justinian

[14]) Derselbe Zweck des angeordneten Erbschaftsvermächtnisses — die Verhütung von Gefahren, welche der Erblasser aus besonderen Gründen von der Anordnung einer vormundschaftlichen Verwaltung besorgen zu müssen glaubte — wird angedeutet in l. 46 D. ad SC. Trebell. 36. 1. Vergl. im Ganzen Mühlenbruch S. 398—408. S. 424—431. K. Schmidt S. 362—366. S. 373. — Die von Schmidt noch hieher gezogene l. 33 pr. D. de vulg. 28. 6 ist für unsre Lehre ohne Bedeutung; nach dem ganzen Zusammenhange der Stelle hat African nicht die Absicht gehabt zu prüfen, ob die Mutter mit der bedingten Einsetzung des Sohnes („cum erit annorum quatuordecim“) dem materiellen Notherbenrecht genüge. Vergl. zu l. 33 cit. *Duaren.* in Dig. 28. 6. c. 14. (op. p. 388).

[15]) Für unsre Ansicht K. Schmidt S. 374 Anm. 53. Neben den im Text

beruft sich darauf, er habe für den Fall einer quantitativ unzulänglichen Zuwendung des Pflichttheils dessen Ergänzung vorgeschrieben, *ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur*; daran schließt er jetzt die fernere Anordnung, falls der Anspruch durch Bedingung, Zeitbestimmung oder sonstige Beschwerung verkürzt sei, so sollen diese Beschränkungen beseitigt werden. Sollen hier die soeben mitgetheilten, auf die Querel hindeutenden Worte des Gesetzes nicht völlig müßig sein, so muß angenommen werden, daß die Klage bis auf Justinian auch bei einer Beschwerung des Pflichttheils, namentlich bei Beschränkung der Hinterlassung durch aufschiebende Befristung, in's Leben trat. Zur Bestätigung dient das Recht der bon. poss. contra tabulas des Patrons. Hier bietet sich für unsre Annahme aus der classischen Zeit Eine Stelle, welche einen zuverlässigen Beweis vom Gegentheil begründet: die l. 21 § 1 D. de jure patron. 37. 14 schließt die bon. poss. contra tabulas aus, wenn der Patron auf $^1/_{12}$ des Nachlasses eingesetzt ist, das am Pflichttheil Fehlende aber per servum judicio liberti sine condicione *et dilatione* ei, hereditate vel legato sive fideicommisso, quaeri potest. Auch hier hat dann später Justinian völlig in Uebereinstimmung mit der vorhin erwähnten l. 32 C. h. t. angeordnet, daß Bedingung wie Befristung gestrichen werden solle [16].

Lag hiernach in der Zuweisung unter aufschiebender Bedingung wie Befristung nach den regelmäßigen Grundsätzen des Pflichttheilsrechts eine unzulässige Verkürzung des Notherben, so ist es wieder nur die Natur der in l. 12 § 2 l. 18 citt. behandelten Verfügungen als Enterbungen in wohlmeinender Absicht, um deren willen Ulpian das ausgesetzte Erbschaftsvermächtniß genügen läßt [17].

---

besprochenen Beweisstellen benutzt K. Schmidt noch die l. 6. C. h. t.; diese sagt jedoch nur, daß für die Berechnung des Pflichttheils die Zeit des Todes des Erblassers maßgebend ist.

[16]) l. 4 § 17 C. de bon. libert. 6. 4. Vergl. Ad. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 75 f. S. 82.

[17]) Direct bestätigt wird unsre Ansicht durch Bas. 38. 10. 16 schol. 2, wo beide Stellen als Zeugnisse für die exheredatio bona mente angerufen und mit der unter A. besprochenen l. 16 § 2 D. de cur. fur. 27. 10 in Verbindung gebracht werden.

Blicken wir jetzt auf das unter A — C dargelegte Quellenmaterial zurück. Sowohl der Sprachgebrauch der Quellen, wie die von den römischen Juristen entwickelten Rechtsgrundsätze gewähren einen unzweideutigen Beweis dafür, daß das römische Recht in der exheredatio bona mente mit Rücksicht auf die vom Erblasser bei seiner Verfügung verfolgte eigenthümliche — die wohlmeinende — Absicht ein selbständiges Rechtsinstitut ausgebildet hat, das sich in seiner regelmäßigen Gestalt als besondere Arterscheinung der Enterbung darstellt. Wegen des Sprachgebrauchs ist auf die vorstehenden Einzelbemerkungen zu verweisen; sachlich hebe ich hervor, daß die vom Erblasser zum Besten des Notherben oder seiner Descendenz zu treffenden Verfügungen jedesmal der eigenthümlichen Natur des die Ausschließung rechtfertigenden Grundes angepaßt sind. So wird der Verschwender enterbt und auf Alimente beschränkt, während die Erbschaft an seine Kinder kommt, — die Unzuverlässigkeit des Gewalthabers des Notherben führt zur Bedenkung des Letzteren unter der Bedingung seiner Befreiung von jener Gewalt, — bei mangelnder oder beschränkter Handlungsfähigkeit des Notherben (Wahnsinn, Unmündigkeit) wird ein Dritter als Erbe gerufen, doch soll der Notherbe nach Wegfall des Ausschließungsgrundes das Vermögen als Erbschaftsvermächtniß erhalten. Daß der Umfang des Instituts nicht durch die erwähnten Vorkommnisse der Quellen erschöpft ist, scheint gewiß: diese Vorgänge stellen sich deutlich als Beispiele dar. Wegen anderer in der einheimischen Theorie und Praxis vorkommender, zum Theil zu unzweifelhafter Anerkennung gelangter Fälle verweise ich auf K. Schmidt S. 391—393 unter 5—9 verbunden mit S. 383. Hervorzuheben sind die Ausschließung des überschuldeten Notherben, wo die Zuwendung nur den Gläubigern zum Vortheil gereichen würde, — die Ausschließung einer Frau, welche an einen Verschwender verheirathet ist [18]).

Die neuere Gesetzgebung ist einer derartigen ausgedehnten Verwendung des Instituts nicht günstig; mehrfach hat man dasselbe auf die Sorge für den verschwenderischen wie den überschuldeten Notherben beschränkt [19]).

---

[18]) Vergl. auch Mühlenbruch S. 446—450. S. 453.

[19]) Vergl. K. Schmidt S. 393 ff. insbes. § 12 unter 1 und 4. S. 397. 399; § 13 S. 401 verglichen mit S. 403.

Mit einigen Worten berühre ich noch einen allgemeinen Einwurf, den Francke gegen die Annahme einer eigenthümlichen exheredatio bona mente erhoben hat. Francke meint, das Institut sei jedenfalls beseitigt durch neuere Gesetze Justinian's. Soweit die betrachteten Aussprüche der Quellen von einer Enterbung des Notherben reden [20]), wird entgegengehalten, daß die Nov. 115 für jede Ausschließung eines Notherben die Berufung auf einen der im Gesetz geordneten Ausschließungsgründe fordert, daß es aber an einem solchen Grunde in den uns überlieferten Fällen der Enterbung in wohlmeinender Absicht fehlt. — Wo ferner der Notherbe nur bedingt oder unter Befristung bedacht wird [21]), werden die auf unser Institut bezüglichen Aussprüche als beseitigt behandelt mit Rücksicht auf l. 32 C. h. t. — Wo endlich der testirende Ascendent ein Anderer ist als der Gewalthaber des Kindes, wird unter Berufung auf Nov. 117 Kap. I betont, daß kein Erblasser dem Gewalthaber den Nießbrauch am Pflichttheil des Gewaltunterworfenen durch letztwillige Verfügung schmälern könne [22]).

Gewiß kann keinem dieser Bedenken Recht gegeben werden. Ueber das Verhältniß unserer Enterbungsart zu l. 32 C. cit. und Nov. 115 ist hier soviel zu bemerken [23]). Die Enterbung in wohlmeinender Absicht war bis auf jene neuen Gesetze Ausnahmsfall gegenüber dem damaligen regelmäßigen Recht der Enterbung. Darum ist sie von diesen Gesetzen nicht berührt; dieselben ändern nur die Regel. Bei der Nov. 117 Kap. I ist es zunächst bestritten, ob sie für den Vater den Nießbrauch am Pflichttheil sicherstellen will [24]). Aber auch wenn man dies bejaht, und meines Erachtens läßt sich die Bejahung nicht ablehnen, so gilt doch der Satz nur so weit, als dem Notherben selbst der Pflichttheil zukommt: wo das Recht es zuläßt, daß dem Notherben der Pflichttheil entzogen wird, muß es nothwendig auch gestatten, daß der Gewalthaber in Folge davon den Nießbrauch verliert.

II. Ich komme zu den Bedingungen der Enterbung in wohlmeinender Absicht. Hier ist ein in der Person des Ausschließenden

[20]) So in den Fällen unter A. und C. (Francke S. 439. 426. 429 a. E.).

[21]) So die Fälle unter B. und C. (Vergl. Francke S. 429. 426).

[22]) So der Fall unter B. (Francke S. 429. 431).

[23]) Bei der Darstellung des Rechts der Nov. 115 ist auf die Frage zurückzukommen.

[24]) Darüber Mühlenbruch S. 410—412 in Anm. 11.

liegendes subjectives und ein diesem entsprechendes objectives Moment zu unterscheiden.

Erforderlich ist zunächst die Absicht des Erblassers, mit der Ausschließung das Beste des Notherben wahrzunehmen, damit die Abwesenheit der Absicht, ihm eine Kränkung zuzufügen. Auf die Beweise ist bei der Besprechung des Quellenmaterials unter I aufmerksam gemacht. Zu erwähnen ist nur noch die dem Erblasser in l. 16 § 2 D. h. t. empfohlene Cautel, die causa necessitasque judici sei im letzten Willen zu bezeichnen.

Die Ausschließung muß aber auch in Wirklichkeit dem wohlverstandenen Interesse des Pflichttheilsberechtigten entsprechen[25]). Danach muß vor Allem der Grund, welcher den Erblasser zur Schmälerung des Pflichttheils bestimmte, in Wahrheit beruhen und erheblich sein. In diesem Sinne wird die Entscheidung des Pomponius in l. 16 D. de B. P. co. tab. 37. 4, wonach dem Großvater die contra tabulas versagt wird, wenn sein emancipirter Sohn dem in der großväterlichen Gewalt verbliebenen Enkel ein Erbschaftsvermächtniß unter der Bedingung der Emancipation zugewendet hat, durch die Worte bedingt:

— si *suspectus* avus *sit* quasi consumpturus bona. (Vergl. oben I. B. S. 359 f.).

Hiernach muß ich die Auffassung für zu einseitig halten, welche das Wesen des Instituts lediglich auf das zuvor erwähnte subjective Moment stellt[26]). Sollte es auch im einzelnen Fall feststehen, daß der Erblasser das Beste des Notherben bei dessen Verkürzung im Pflichttheil im Auge hatte, so kann dies doch die Pflichttheilsklagen nicht abwenden, wenn es in Wahrheit an einem rechtfertigenden Grunde fehlt, wenn z. B. der Erblasser irrthümlich den Notherben für einen Verschwender, den Gewalthaber des Notherben für eine wirthschaftlich unzuverlässige Person hielt.

Nur eine Folge aus dem soeben Entwickelten ist der weitere Satz, daß auch die Art, wie der Erblasser über den Pflichttheil verfügt, dem wahren Interesse des Notherben entsprechen muß. Als Regel ist demnach das Verlangen aufzustellen, daß der Erbtheil dem Notherben wenigstens mittelbar (z. B. durch Erbschaftsvermächtniß), — bei

---

[25]) Mit Recht wird auf dieses Moment Gewicht gelegt von K. Schmidt S. 362 a. E. S. 365 z. A. S. 369 a. E. S. 375. S. 380 f.

[26]) So Ad. Schmidt, Recht der Notherben S. 168.

Geisteskrankheit wenigstens auf den Fall der Genesung, zu gut komme[27]). Eine Ausnahme begegnet nur in l. 16 § 2 D. de curat. fur. 27. 10: der verschwenderische Notherbe wird auf Alimente beschränkt, ohne daß ihm die Aussicht bliebe, den Erbtheil selbst durch Rückkehr zu einem vernünftigen wirthschaftlichen Verhalten an sich zu bringen. Eine solche Verfügung ist jedoch nur in dem von der Stelle vorausgesetzten Falle gutzuheißen, wo der Notherbe Kinder hat und der Erbtheil diesen Kindern gesichert bleibt. — Zu fragen ist dabei, nach welchem Zeitpunkt man es zu beurtheilen hat, ob die Verfügung dem wahren Interesse des Notherben entspricht. Wie die l. 16 § 2 cit. zeigt, ist die Zeit des Todes des Erblassers maßgebend[28]).

Die Regelung der Beweislast rücksichtlich des Vorhandenseins der entwickelten Bedingungen kann vom Standpunkt der von uns im § 42 vertretenen Ansicht nicht zweifelhaft sein. Hat der Testamentserbe schon dann das Dasein eines Ausschließungsgrundes zu beweisen, wenn es sich um die Frage unverdienter Ausschließung des Notherben handelt, so muß ihn die Beweislast noch weit mehr treffen, wo dem Erblasser der durch die Verhältnisse gerechtfertigte und sachgemäß vollzogene Wille zugeschrieben wird, für das Beste des Notherben zu sorgen. Uebrigens gelangt zu diesem Ergebniß auch die Ansicht, welche bei der exheredatio notae causa in erster Linie die Beweislast dem Pflichttheilsberechtigten zuschiebt. Denn dort gründet man die Beweispflicht darauf, daß der Notherbe die ihm widerfahrene Kränkung als eine unverdiente darstellt: diese Klagthatsache aber hat für die Enterbung in wohlmeinender Absicht keine Bedeutung[29]).

III. Anwendbar erscheint die hier erörterte Art der Ausschließung, die in den Quellen nur in Bezug auf Descendenten erwähnt wird, bei allen Pflichttheilsberechtigten. Mit Recht wird ihr auch gegenüber der statutarischen Portion des überlebenden Ehegatten Geltung beigelegt. Denn nach den Ausführungen im Eingang dieses Paragraphen hat das Institut eine natürliche, durch die Bedürfnisse des täglichen Lebens dargebotene Grundlage[30]).

---

[27]) Vergl. die Bemerkungen bei Mühlenbruch S. 426. 430. 461 f. K. Schmidt S. 380 f. unter 2.

[28]) Vergl. Mühlenbruch S. 450. K. Schmidt S. 381.

[29]) Vergl. Mühlenbruch S. 463 a. E. K. Schmidt S. 386 f.

[30]) Vergl. Mühlenbruch S. 464. K. Schmidt S. 384 f. unter 2.

IV. Zur Form der Ausschließung in wohlmeinender Absicht, als einer Entziehung des auf die gesetzliche Erbberechtigung gegründeten Pflichttheils, gehört Anordnung im Testament[31]. Nicht zu fordern aber ist, daß die wohlmeinende Absicht im Testament einen bestimmten Ausdruck finde, daß insbesondere der Grund der Verfügung angegeben werde. Wenn Tryphonin in l. 16 § 2 D. de cur. fur. 27. 10 auf die Angabe dieses Grundes Gewicht legt, so kann es begreiflich nicht im Sinne der römischen Jurisprudenz gelegen haben, ein Formerforderniß für die vorliegende Art der Enterbung zu schaffen: jenes Anführen wird räthlich gefunden, weil es dem Testamentserben den ihm nach Num. II a. E. abzufordernden Beweis erleichtert[32]. — Daß die Nov. 115 hieran etwas geändert hätte, vermag ich nicht zuzugeben[33]; vielmehr ist der Novelle jeder Einfluß auf die Enterbung in wohlmeinender Absicht abzusprechen, — es müßte denn eine mittelbare Einwirkung sein, von der Art der in Anm. 31 besprochenen.

Dritter Theil: Folgen einer Verletzung der Pflichttheilsberechtigung.

§ 44.

I. Rechtshülfe bei unzulänglicher Zuwendung auf den Pflichttheil *).

Schon früher wurde bemerkt, daß im classischen Recht das Anwendungsgebiet der Querel weiter war, als es sich im Justinianischen Recht darstellt. Im älteren Recht bildete die Klage das einzige

[31]) Vergl. § 2 J. de codic. 2. 25. l. 2 C. de codic. 6. 36. — K. Schmidt S. 377 f. führt aus, da nach Nov. 115 beim Vorhandensein eines gesetzmäßigen Ausschließungsgrundes stillschweigende Enterbung zuläßig sei, so müsse eine solche auch bei der Enterbung in wohlmeinender Absicht genügen. Hier läßt sich in der That nur sagen: erkennt man an, daß die Novelle die im alten Recht für die sui wie für die liberi geltenden Formen der Enterbung beseitigt hat, so ist dieser Satz durchweg festzuhalten, die Enterbung in wohlmeinender Absicht kann dann keine Ausnahme begründen.

[32]) Uebereinstimmend Ad. Schmidt, Notherbenrecht S. 168 Anm. 47 a. E. K. Schmidt S. 382 f. unter 3. A. M. Mühlenbruch S. 462 f. (Bei beiden Letzteren weitere Litteratur über diese Frage).

[33]) Vergl. Mühlenbruch S. 394 f. (wo zugleich Angaben über abweichende Ansichten). K. Schmidt S. 377.

*) Francke S. 245—247. Mühlenbruch 35 S. 323—328. Arndts II S. 613—615. Windscheid III § 582.

Rechtsmittel des Pflichttheilsberechtigten, sie fand auch statt, wenn dem Notherben zwar etwas, aber nicht der volle Pflichttheil zugewendet, oder wenn die an sich ausreichende Zuwendung durch Bedingung, Befristung oder gemachte Auflage beschränkt war[1]). Justinian hat in einer Reihe Verordnungen die Fälle der Querel entzogen, in welchen dem Notherben Etwas, nur nicht das volle Maß dessen, was er fordern kann, zugewendet ist; er hat hier auf anderem Wege Hülfe gewährt. Der ausgesprochene Zweck seiner Gesetze ist, das Testament vor der von der Querel ausgehenden Vernichtung zu bewahren, dabei aber doch den Anspruch auf den Pflichttheil nicht zu verkümmern. Während also in den Fällen der §§ 42, 43 die vorhandene Verletzung des Pflichttheils das Testament darum nicht berührt, weil sie sich als gerechtfertigt darstellt, vermag sie in den jetzt zu betrachtenden Anwendungen, wenngleich ungerechtfertigt, einen ausreichenden Grund zur Umstoßung des letzten Willens nicht abzugeben.

I. Den ersten Schritt in dieser Rechtsentwicklung, zugleich die von den folgenden Gesetzen fort und fort angerufene Grundlage, bildet die l. 30 pr. C. h. t. In der vorhin bezeichneten Absicht, dem Testament seine Wirksamkeit möglichst zu erhalten, wird die Querel dem Notherben versagt, welchem zwar etwas, aber weniger zugewendet ist, als der Pflichttheil; dagegen wird ihm ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils zugestanden, auch wo der Erblasser die Ergänzung nicht angeordnet hat[2]). Von der diesem Anspruch dienenden Ergänzungsklage wird besser in Anlehnung an das Recht der Querel gehandelt: ich bespreche dieselbe im § 58.

II. Mit Hinweis auf die l. 30 C. cit. verfügt l. 32 C. eod. Folgendes: beschränkt das Testament den Pflichttheilsanspruch durch eine Bedingung, Befristung oder sonst durch eine Verfügung, welche die Befriedigung verzögert, eine Auflage oder eine andere Beschwerung begründet, so gilt die Anordnung als nicht vorhanden.

Hier zunächst von den Bedingungen und Befristungen. Justinian hat in l. 36 § 1 C. eod. den Fall besonders geregelt, wo

---

1) l. 6. l. 8 § 1 C. h. t. 3. 28. nov. Theodos. II tit. 22 num. I § 6. (Haen. p. 85.) Vergl. auch § 43 unter I. C. (S. 361 f.).

2) Weiter erwähnt ist der Anspruch in l. 31. l. 32. l. 34 v. fin. l. 35 § 2. l. 36 pr. § 1 C. eod. 3. 28. l. 4 pr. in f. C. de lib. praet. 6. 28. § 3 J. de inoff. 2. 18. § 3 J. de success. libert. 3. 7. nov. 115 c. 5 pr.

ein Dritter (extraneus) zum Erben eingesetzt ist mit der Auflage, die Erbschaft zu einer späteren Zeit dem Notherben herauszugeben. Hier ist der Pflichttheil sofort zu restituiren, für den Rest des Vermögens bleibt es bei der letztwilligen Anordnung. Ohne Frage gilt Letzteres auch rücksichtlich jeder sonstigen Schmälerung der Pflichttheilsberechtigung durch Bedingung oder Befristung, wie solche in l. 32 C. cit. in's Auge gefaßt ist: zu demjenigen Betrage der Zuwendung, welcher über den Pflichttheil hinausreicht, muß jene Beschränkung — darauf deutet auch die l. 36 § 1 C. cit. hin — vom Notherben hingenommen werden.

Mit wenigen Worten reihe ich einige andere Grundsätze über bedingte Zuwendungen auf den Pflichttheil an. Die Bestimmung der l. 32 C. cit. bleibt außer Anwendung, wenn der Notherbe als Substitut zur Erbschaft gerufen ist, ferner bei gewissen bedingten Forderungen, die dem Notherben zur Anrechnung auf den Pflichttheil zugewendet sind. Von diesen Fällen ist im § 39 unter II, § 41 unter I die Rede gewesen. — War der Patron vom Freigelassenen unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt, und schwebte die Bedingung noch zur Zeit des Antritts der Testamentserben, so konnte der Patron zur bon. poss. contra tabulas greifen[3]). Justinian hat auch hier geändert: zu Gunsten des patronatischen Pflichttheils werden Bedingung wie Befristung gestrichen[4]).

Bei den besprochenen Bestimmungen der l. 32 C. cit. über die der Zuwendung an den Pflichttheilsberechtigten hinzugefügte Bedingung entsteht die Frage, wie sich dieselben zu den Grundsätzen des formellen Notherbenrechts über die bei der Erbeseinsetzung des Notherben angeordneten Bedingungen verhalten[5]). Da wir später bei der Darstellung des Rechts der Nov. 115 eine ähnliche Frage zu beantworten haben, so wird auch die Erledigung des vorliegenden Punktes dorthin verwiesen.

Ich gehe zu den den Pflichttheil beschränkenden Beschwerungen über. In Folge der Anordnung der l. 32 C. cit. muß eine Auflage (Modus) wie ein Vermächtniß hinfällig werden, soweit dadurch

---

[3]) l. 3 § 11. 12. l. 43 D. de bon. libert. 38. 2.

[4]) l. 4 § 17 C. de bon. libert. 6. 4. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 82 Num. 2.

[5]) Vergl. darüber einstweilen Mühlenbruch 35 S. 330—333. Vangerow II § 469 Anm. unter B.

der Pflichttheil belastet wird. Auch hier regelt ein besonderes Gesetz einen einzelnen Fall. Die Nov. 18 Kap. III bestimmt: eine letztwillige Verfügung, durch welche ein Ascendent seine Descendenten — und Gleiches ist vom Verhältniß jedes Erblassers zu seinen Notherben zu sagen — auf die bloße Proprietät des Vermögens beschränkt, den Nießbrauch desselben einem Dritten zuwendet, soll zum Betrage des Pflichttheils ungültig sein: Letzterer ist von vornherein mit allen Nutzungen zu gewähren. Angesichts der bestimmten Vorschrift des Gesetzes kann das den Pflichttheil beschwerende Vermächtniß des Nießbrauchs, wie ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle vom 2. December 1858 ausspricht[6]), auch dadurch nicht wirksam gemacht werden, daß dem Nießbraucher die Alimentation und Erziehung des Notherben aufgelegt wird.

Nicht so einfach liegt nach den Quellen der Fall, wo dem zum Erben eingesetzten Pflichttheilsberechtigten die Herausgabe der Erbschaft an einen Dritten unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung aufgegeben wird. Von der Befristung handelt Ulp. l. 8 § 11 D. h. t.: danach soll der auf eine größere Quote eingesetzte und wegen des ganzen Erbtheils mit einem Erbschaftsvermächtniß beschwerte Notherbe die Querel nicht haben, wenn ihm die bis zum festgesetzten Zeitpunkt gewonnenen Nutzungen den Pflichttheil sammt Früchten gewähren[7]). Der Jurist beruft sich auf das Recht der Falcidischen (Trebellianischen) Quart: da nun auf diese nicht allein beim befristeten, sondern auch beim bedingten Erbschaftsvermächtniß die Früchte der Zwischenzeit angerechnet werden[8]), so hat man auch den Ausspruch Ulpian's auf das dem Notherben auferlegte bedingte Erbschaftsvermächtniß auszudehnen.

Aber hat die Entscheidung der l. 8 § 11 cit. noch Geltung gegenüber den bisher unter I und II erörterten Anordnungen Justinian's?

[6]) Seuffert, Arch. 13. 107.

[7]) Die Darstellung des Thatbestands in l. 8 § 11 cit. beginnt mit den Worten: „Unde si quis fuit institutus forte ex semisse, cum ei *sextans* ex substantia testatoris deberetur" —. Dabei hat schon die Glosse gefragt (glo. deberetur ad h. l.), wie sich nach Pandektenrecht der Pflichttheil eines einzelnen Erben auf 1/6 des Vermögens berechnen konnte. Unter den Versuchen, die Schwierigkeit zu beseitigen (vergl. *Cujac.* rec. in Dig. V. 2 ad h. l. — VII. 185—187. *Schulting*, not. ad h. l. Mühlenbruch 35 S. 325 ff.), verdient der von Cujaz Beifall; man hat statt „sextans" zu lesen „sescuncia".

[8]) l. 18 § 1 l. 22 § 2 l. 58 § 5 D. ad SC. Trebell. 36. 1.

Man ist darüber einig, daß dies zu verneinen, daß der Notherbe den Pflichttheil aus dem Capitalbetrage der herauszugebenden Erbschaft zu fordern berechtigt ist: über die Begründung aber gehen die Meinungen auseinander. Bald beruft man sich auf l. 32 C. h. t.[9]), bald auf l. 36 pr. C. eod.[10]); Arndts[11]) verweist nur auf l. 6 C. ad SC. Trebell. 6. 49. Nun kann letztere Stelle auf keinen Fall genügen. Allerdings bestimmt hier Zeno in Anwendung auf das einem eingesetzten Kinde des Erblassers auf den Fall seines kinderlosen Absterbens zu Gunsten der Geschwister, oder allgemein auf den Fall seines Todes zu Gunsten der Enkel des Erblassers auferlegte Erbschaftsvermächtniß, daß die Quart (und damit der Pflichttheil) selbst zuwider einer entgegengesetzten Anordnung des Erblassers aus der Substanz des Vermögens zurückbehalten werden soll: allein die Entscheidung wird im § 2 des Gesetzes bestimmt auf diesen besonderen Fall beschränkt. — Auch die Art, wie Mühlenbruch (Anm. 10 cit.) den obigen Satz aus l. 36 pr. C. cit. zu gewinnen sucht, will nicht befriedigen. Vom Inhalt dieses Gesetzes ist schon im § 39 unter II (S. 314 ff.) ausführlich gehandelt, es werden daher hier wenige Bemerkungen genügen. Nach den Aeußerungen im Eingang des Gesetzes will Justinian neben der Frage, ob die zur Gewährung des Pflichttheils gemachte Zuwendung der Falcidischen Quart unterliegt, den Fall regeln, wo der dem Notherben durch Schenkung oder Vermächtniß gewährte Gegenstand ganz oder zum Theil entwehrt wird. Allerdings scheint er die hierauf bezügliche Vorschrift, es solle dem Notherben eine andere Sache oder der Werth der entzogenen geleistet oder das Entzogene ergänzt werden, über jenen zunächst genannten Fall hinaus zu erstrecken, wenn er die allgemeine Aeußerung anhängt,

> ut sive ab initio minus fuerit derelictum, sive extrinsecus qualiscunque causa interveniens aliquod gravamen imponat vel in quantitate vel in tempore, hoc modis omnibus repleri et nostrum juvamen purum filiis inferri.

---

[9]) So Francke S. 246. Freilich fügt derselbe hinzu, der Pflichttheil müsse ohne Verzögerung *ex ipsa substantia defuncti* angewiesen sein. Eine solche Wendung aber findet sich nicht in l. 32 C. cit., wohl dagegen in l. 36 pr. C. eod.

[10]) So Mühlenbruch S. 324 f. S. 329. Ihm ist Windscheid III § 582 Anm. 2 beizustimmen geneigt.

[11]) Civil. Schriften II S. 614 Anm. 239.

Allein diese Worte sind zu unbestimmt gehalten, um die Feststellung der einzelnen mittelst derselben dem Notherben gesicherten Zuwendungen zu gestatten; vielmehr bleibt man wegen dieser Zuwendungen auf die erwähnten voraufgehenden Bemerkungen verwiesen. Zudem könnte die uns beschäftigende Erbeseinsetzung des Notherben mit auferlegtem Fideicommiß nur dem „sive ab initio minus fuerit derelictum“ untergeordnet werden, einer so weiten Auslegung dieser Worte aber stellt sich der Umstand entgegen, daß der Kaiser den umgekehrten Fall, wo ein Dritter eingesetzt und mit einem Fideicommiß an den Notherben beschwert ist, im § 1 desselben Gesetzes besonders entscheidet, also nicht unter der Anordnung des Principium begriffen denkt. — Weiter könnte man versuchen — und den Weg betritt Mühlenbruch — auf unsern Fall der Beschwerung durch Erbschaftsvermächtniß die andere Aeußerung der l. 36 pr. C. cit. anzuwenden:

> repletionem autem fieri (sc. sancimus) *ex ipsa substantia* patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est —.

Indessen ist dies ohne Frage nach dem ganzen Zusammenhange nur eine Bestimmung über die Modalität der dem Notherben zu Theil werdenden Hülfe; die Fälle selbst, in denen diese eintritt, sind aus dem Voraufgehenden zu bestimmen. Ueberdies darf bei der Ergänzung „ex ipsa substantia“ nicht an den Gegensatz der Früchte der ursprünglichen Zuwendung gedacht werden, vielmehr zeigen die von Justinian genannten Beispiele der Substitution und der Anwachsung, daß solche Vermögensvortheile ausgeschlossen werden sollen, welche in erster Linie einem Dritten zugedacht waren. (Vergl. oben S. 316). Auch kann der Gewinn aus den Nutzungen nicht wohl durch „jure adventicio lucrari“ bezeichnet werden, und doch bedient sich Justinian dieses Ausdrucks, um den Gegensatz der Ergänzung „ex ipsa substantia“ anzugeben.

Besser wird man an die l. 32 C. h. t. 3. 28 anzuknüpfen haben, — eine Verfügung, von der die Vorschriften in l. 36 § 1 C. eod. und nov. 18 c. 3 genau betrachtet lediglich Anwendungen sind. Das Gesetz lautet allgemein genug, um die Grundlage für die Entscheidung unsrer Frage bilden zu können. Justinian erklärt es für unwirksam,

> si condicionibus quibusdam vel dilationibus *aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente* eorum

jura, qui ad memoratam actionem (sc. de inofficioso testamento) vocabantur, minuta esse videantur —.

Unzweifelhaft aber ist es ein gravamen, eine Beeinträchtigung des Pflichttheilsanspruchs, wenn dem Notherben zunächst ein Theil des Vermögens vorübergehend in die Hand gegeben, für die Zukunft aber eine andre Befriedigung in Aussicht gestellt wird. Hier fehlt es einstweilen an einem Vermögensstück, das die Unterlage von Veräußerungen oder dauernden wirthschaftlichen Verfügungen abgeben könnte. Und wo der Zeitpunkt der dem Notherben aufgelegten Herausgabe des Vermögens ein ungewisser ist, wie in der Regel bei der aufschiebenden Bedingung, hat der Erblasser eine Ungewißheit darüber bestehen lassen, ob in der Zwischenzeit der Pflichttheil sammt Früchten aus den Nutzungen wird aufgesammelt werden können, ob also nicht doch noch in Zukunft die Ergänzungsklage sich nöthig machen wird. Eine derartige Zuwendung genügt der Vorschrift der l. 32 C. cit. offenbar nicht, da dort Ausweisung des Pflichttheils ohne Aufschub und Verzug geboten wird.

Hiernach ist dem Notherben gegenüber der in Frage stehenden Beschwerung nach der l. 32 C. cit. das Recht zu gewähren, den dem Pflichttheil entsprechenden Bruchtheil an der Substanz des Vermögens zu kürzen. In der That hat also die neuere Entwicklung des Pflichttheilsrechts der vorhin besprochenen Anordnung in l. 6 C. ad SC. Trebell. 6. 49 ihre singuläre Natur genommen.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhange das Rescript in l. 12 C. h. t. 3. 28. Alexander versagt den Vormündern eines Kindes die Querel in folgendem Falle: der Mündel ist (auf $^1/_3$ des Vermögens) neben seinem Bruder und seiner Mutter zum Erben ernannt, ein Erbschaftsvermächtniß aber ist zu Gunsten der Miterben angeordnet bezüglich des Erbtheils eines jeden Kindes, falls dieses vor erreichter Volljährigkeit stirbt, — bezüglich des Erbtheils der Wittwe allgemein auf den Fall ihres Ablebens. Der Kaiser sieht hiernach in dem auf den Erbtheil des Kindes gelegten Fideicommisse keinen Anlaß zur Querel: gegründet aber wird die abweisende Bescheidung darauf, daß der Mündel vermöge der zu seinen Gunsten der Mutter und dem Bruder zur Last gelegten Erbschaftsvermächtnisse deren Erbtheile erwerben könne [12]). Vom neueren Recht

[12]) An dieser Begründung halten fest Bas. 39. 1. 24 und schol. 1 ib., in unsrer Zeit Puchta, Vorles. II § 489. — Unbefriedigend ist auch die von

aus, insbesondere nach der Ansicht, die wir soeben auf die l. 32 C. h. t. gründeten, darf in l. 12 C. cit. nur der Ausspruch gefunden werden, daß eine Querel in dem vom Rescript entschiedenen Falle nicht gestattet wird. Dagegen ist das zu Lasten des Kindes angeordnete Erbschaftsvermächtniß auf Höhe des Pflichttheils als ungültig zu behandeln. Die ungewisse Aussicht auf den Erwerb weiterer Erbtheile thut dem Anspruche auf sofortige Ausweisung des unbeschwerten Pflichttheils in keiner Weise Genüge[13]).

Mit einigen Worten berühre ich auch bei dieser Lehre das patronatische Pflichttheilsrecht: dasselbe hat hier dem Pflichttheilsrecht der Verwandten den Weg gewiesen. Schon im klassischen Recht begegnet in zahlreichen Aeußerungen der Satz, daß der Patron die ihm zur Gewährung des Pflichttheils gemachte letztwillige Zuwendung annehmen kann, ohne daß daraus bis zur Höhe des Pflichttheils[14]) die Verbindlichkeit für ihn erwüchse, die Vermächtnisse zu erfüllen[15]). Zwar sind diese nicht als schlechthin ungültig zu betrachten[16]), aber

---

Schulting, not. ad l. 8 § 11 D. h. t. unternommene Rechtfertigung des Rescripts aus der Erwägung, daß das einzelne Kind vor eingetretener Bedingung des ihm auferlegten Erbschaftsvermächtnisses den Pflichttheil aus den Früchten seines Erbtheils gewinnen könne. Das einzelne Kind kann doch zu beliebiger Zeit während der Minderjährigkeit sterben. — Einen neuen Weg schlägt Rudorff ein (in Bekker's Jahrb. V S. 268): er gründet auf l. 12 C. cit. den Satz, ein wechselseitiges Fideicommiß an den Ueberlebenden enthalte vor entschiedener Bedingung keine Pflichttheilsverletzung, wohl aber liege nach deren Entscheidung für den zuerst Versterbenden eine Beschwerung vor. Dem widerstrebt jedenfalls l. 32 C. cit.: hier wird deutlich Alles auf die Frage gestellt, ob beim Tode des Erblassers der Pflichttheil sich als beschwert erweist, und das trifft bei fideicommissarischer Belastung darum nicht minder zu, weil gleichzeitig die Hoffnung auf einen Erwerb eröffnet ist.

[13]) So Glück VII S. 77 ff. Mühlenbruch S. 327 f. Arndts S. 614 Anm. 239.

[14]) Anders bei dem Betrage, welcher den Pflichttheil übersteigt: arg. l. 44 D. de bon. libert. 38. 2.

[15]) Einzelvermächtnisse: l. 45 D. de bon. libert. 38. 2. l. 28 D. de legat. II° (31). l. 1 § 14 D. si cui plus 35. 3. Erbschaftsvermächtniß: l. 27 § 13. l. 60 D. ad SC. Trebell. 36. 1. l. 50 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. Schmidt S. 77—79.

[16]) Beweis dafür die Ausdrucksweise in l. 45 cit.: — *nec* hic ex debita portione *praestandum*. l. 28 cit.: — fideicommissum — *praestare non cogitur*. Vergl. auch l. 20 pr. D. de donat. 39. 5: — *non erit cogendus* solvere —. Stärker ist der aus der Behandlung des Erbschaftsvermächtnisses zu entneh-

jedenfalls schützte der Prätor den Patron durch die Mittel der Jurisdiction. — Es ist möglich, daß es eine Zeit gegeben hat, wo der Patron bei Beschwerung des hinterlassenen Pflichttheils mit Vermächtnissen die bon. poss. contra tabulas erhielt: zu leugnen aber ist, daß die l. 6 § 8 D. si quis omissa 29. 4 eine Spur eines solchen Rechts enthielte[17]). Der auf den Pflichttheil eingesetzte, mit Vermächtnissen beschwerte Patron schlägt nach der Stelle aus, erwirbt dann aber als gesetzlicher Erbe das ganze Vermögen, nachdem auch der andere im Testament ernannte Erbe ausgeschlagen hat. Hat er mit diesem collubirt, so muß er von dem Theil, welcher dem Miterben zugedacht war, die Vermächtnisse entrichten; rücksichtlich des seinem Pflichttheil entsprechenden Bruchtheils dagegen trifft ihn eine solche Verpflichtung nicht. Das beweist nicht, daß dem Patron in Rücksicht auf die Vermächtnißlast die bon. poss. contra tabulas zugestanden hätte. Vielmehr liegt folgende Gedankenverbindung vor. Berufen sich die Vermächtnißnehmer auf das Edict si quis omissa causa cet., so kann ihnen der Patron entgegnen, daß er ihnen (nach dem in den Pandekten bezeugten Recht) auch als testamentarischer Erbe nicht gerecht zu werden brauchte, daß er sie also nicht verkürzt habe, indem er ausschlug und nun ab intestato erwarb. — Ausgenommen sind nach Pandektenrecht von der obigen Regel der Unverbindlichkeit der Vermächtnisse die den Kindern des Freigelassenen ausgesetzten Vermächtnisse: die Kinder gingen ja den Patron auch im Fall ihrer Erbeseinsetzung vor[18]).

Nach Justinian's Vorschrift hat der Patron vom Pflichttheil selbst den Kindern des Freigelassenen Vermächtnisse nicht zu entrichten;

mende Beweis: weigert sich der Patron anzutreten, so steht dem Erbschaftsvermächtnißnehmer das Zwangsrecht zu: l. 27 § 13. l. 50 § 4 citt. (Nach den Stellen darf der Patron noch nach erfolgtem Zwange den Pflichttheil behalten. Schmidt [Pflichtth.-R. S. 79 Anm. 130] ist geneigt, von diesem Satze auch bei der Pflichttheilsberechtigung der Verwandten Gebrauch zu machen; allein derselbe dürfte vielmehr eine Singularität darstellen, die sich aus der den Rechten des Patrons in vorzüglichem Maße zu Theil werdenden Begünstigung erklärt. Vergl. l. 20 pr. D. de donat. 39. 5).

[17]) Dies sucht Schmidt auszuführen (S. 77 f. Anm. 128). — Die dort noch erwähnte l. 21 § 1 D. de jure patron. 37. 14 ist für die Beschwerung mit Vermächtnissen ohne Bedeutung.

[18]) l. 1 § 2 D. si quid in fraud. 38. 5. l. 64 § 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. — Ueber die schwierige l. 52 pr. D. ad l. Falc. 35. 2 Schmidt a. a. O. S. 80 in der Anmerkung.

vom zugewendeten Mehrbetrage trägt er die Vermächtnisse. Richtig erscheinen die ausfallenden Vermächtnisse auch jetzt nicht, da die Miterben tragen sollen, was der Patron nicht leistet[19]). — Bezüglich der nach der obigen Darstellung des gemeinen Pflichttheilsrechts vorzugsweise interessirenden Frage, ob der Notherbe beim auferlegten befristeten oder bedingten Erbschaftsvermächtniß sich auf die Früchte des Erbtheils anweisen lassen muß, ist aus den Aeußerungen über die bon. poss. contra tabulas des Patrons nicht zu entnehmen.

III. Demselben Gedanken, welcher in den bisher besprochenen Vorschriften der l. 30. l. 32 C. h. t. zum Ausdruck gekommen ist, entspricht die Verordnung Justinian's in l. 36 pr. C. h. t. Wird dem Notherben eine Sache entwehrt, die ihm vom Erblasser zur Befriedigung wegen des Pflichttheils zugewendet war, so ist lediglich deren Werth oder eine andere Sache von gleichem Werth aus Mitteln der Erbschaft zu gewähren. Auch in solchen Fällen kommt es demnach nicht zur Querel. — Die Frage, ob in jener Bestimmung etwas Neues liegt im Vergleich zu den früheren Grundsätzen über Entwehrung bei Vermächtnissen und bei Schenkungen, ist im § 41 unter II untersucht (S. 343 ff.).

IV. Den bisher besprochenen Vorschriften Justinian's schließt sich eine andere Verordnung des Kaisers wenigstens insofern an, als dieselbe an eine zur Zuwendung des Pflichttheils getroffene Verfügung anknüpft und deren Erfüllung sicherzustellen sucht. Indessen fehlt bei ihr jede Berührung mit der Querel.

Wenn ein vom Erblasser mit mehr als dem Pflichttheil bedachter Descendent einem andern auf den Pflichttheil beschränkten Descendenten die Ausantwortung des Pflichttheils verweigert und es auf erhobene Klage zur Verurtheilung kommen läßt, so soll der Gegenstand seiner Verbindlichkeit um ein Drittel erhöht werden[20]). Die Geltung dieser Bestimmung wird mit Rücksicht darauf, daß es sich um eine Klage auf Strafe handelt, in Zweifel gezogen von Francke[21]),

---

[19]) § 3 J. de success. libert. 3. 7. l. 4 § 16. 18 C. de bon. libert. 6. 4. (Die Freilassungen muß der Patron nach l. 4 § 16 C. cit. sich gefallen lassen).

[20]) l. 33 pr. C. h. t. Vergl. über die Stelle Marezoll, Zeitschr. f. Civ.-R. und Proc. III S. 362—369. Dem Gedanken, daß das Gesetz mit der Ergänzungsklage in Verbindung zu bringen wäre, treten entgegen Francke S. 339 f. Mühlenbruch **36** S. 27—29.

[21]) A. a. O. S. 340.

bestimmt verneint im Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 24. August 1849 [22]). Die Entscheidung hängt an der Beantwortung der bekannten Streitfrage über die heutige Geltung der römischen Privatstrafen, insbesondere der einem Strafzweck dienenden Prozeßnachtheile [23]).

§ 45.

Anhang: **Die Socini'sche Cautel** *).

Gegenüber dem Satze, daß die durch letztwillige Verfügung auf den Pflichttheil gelegten Beschwerden als nicht vorhanden anzusehen sind, bietet sich dem Erblasser in einer seit dem Mittelalter gebräuchlichen Cautel ein Weg, den Notherben mittelbar zur Uebernahme einer Beschwerde zu vermögen: es ist die Socini'sche Cautel, so benannt nach einem italiänischen Juristen Socinus [1]), der freilich nicht ihr Erfinder, nur einer ihrer ältesten Vertheidiger ist. Die Bedeutung der Cautel ist: der Erblasser macht dem Pflichttheilsberechtigten eine über den Betrag des Pflichttheils hinausreichende Zuwendung, belegt dann aber die ganze Zuwendung mit einer Beschwerung unter dem Hinzufügen, daß bei der Ablehnung der Letzteren dem Bedachten nur der Pflichttheil zukommen soll. Darin liegt, wenn nicht schon nach den im einzelnen Fall gebrauchten Ausdrücken so doch der Sache nach, eine unbedingte Zuwendung des Pflichttheils. Denn nur die zu diesem hinzukommende Hinterlassung ist an die Bedingung geknüpft, daß der Notherbe sich auch rücksichtlich des Pflichttheils die Beschwerung gefallen lasse. Eben hieraus ergibt sich die Zulässigkeit der Cautel: es ist nichts Unerlaubtes, dem Notherben durch Bedingung einer Gabe, die er nicht fordern konnte, die freiwillige Uebernahme einer Last auf den an sich unentziehbaren Pflichttheil anzusinnen. Auch besteht heutzutage über die Erlaubtheit keine Meinungsverschiedenheit [2]). — Die Cautel kann nicht allein im Testament aus-

---

22) Seuffert, Arch. 14. 245.

23) Vergl. Windscheid II § 263 Anm. 15. § 326, besonders Anm. 15.

*) Glück VII S. 86—92. Francke S. 247—250. Arndts II S. 615—617 Num. 13.

1) Marianus Socinus der Jüngere aus Siena († 1556). Vergl. die Bemerkungen bei Glück VII S. 86 ff. Francke S. 249.

2) Beweis dafür außer den Lehrbüchern die in den Anmerkungen dieses Paragraphen angeführten oberstrichterlichen Bescheide, welche die Gültigkeit der Cautel ohne Weiteres annehmen. Nur das in Anm. 8 genannte Urtheil von Celle bezieht sich nicht auf die Cautel.

gesprochen werden, sondern auch in einem Codicill; nur wo sie (bedingte) Zurücknahme einer Erbeseinsetzung ist, darf sie selbst nach der Ansicht, welche eine solche gültig im Testament geschehen läßt (vergl. darüber § 9 a. E. S. 62), nicht in einen Codicill verwiesen werden. — Immer muß eine auf die Cautel gerichtete Willenserklärung vorliegen.

Die mit der Cautel in Verbindung zu setzende beschwerende Verfügung darf weder für sich noch in Verbindung mit der Cautel der Willenserklärung einen unerlaubten Inhalt verleihen. Ist jene Verfügung an sich nichtig, so bleibt die Cautel, wie sich an einem unter 1. zu erörternden Beispiel ergeben wird, wenigstens dann unwirksam, wenn diese dem Notherben ein blos negatives Verhalten gegenüber der durch die Verfügung selbst herbeizuführenden Erbfolge ansinnt.

Hervorzuheben sind folgende Anwendungen der Cautel:

1. Der Erblasser kann durch dieselbe die Zuwendung des Nießbrauchs des ganzen Vermögens an einen dritten Vermächtnißnehmer sichern. Ist auch ein solches Vermächtniß zu Lasten des Pflichttheils unwirksam (Nov. 18 Kap. III), so darf doch dem Notherben auf dem der Cautel eigenthümlichen Wege der Verzicht auf diesen Vortheil zugemuthet werden[3]). Wie aber, wenn der Erblasser zugleich dem Nießbraucher die diesem an sich obliegende Sicherheitsleistung erläßt oder dem Notherben den Erlaß der Caution auflegt? Betrachten wir hier zunächst den letztwillig ausgesprochenen Erlaß der Caution. Bekanntlich erklärt ein Rescript von Alexander einen solchen Erlaß für schlechthin unstatthaft[4]); indessen streitet man in der Theorie über die heutige Geltung dieser Bestimmung. Die eine Ansicht spricht ihr mit Rücksicht darauf, daß sie zu Vorschriften der lex Julia und Papia, der lex Julia vicesimaria und des Falcidi'schen Gesetzes in Beziehung gestanden habe, schon für das

[3]) Von der Erlaubtheit dieser Anwendung der Cautel gehen stillschweigend aus die Erkenntnisse: a. des O.-A.-G. zu Jena vom 9. April 1840 (Seuffert **4**. 206), b. des O.-A.-G. zu Celle vom 5. October 1864 (Seuffert **19**. 174), c. des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 8. Januar 1869 (Seuffert **23**. 281), d. des O.-A.-G. zu Lübeck vom 26. November 1870 (Seuffert **25**. 144).

[4]) l. 7 C. ut in poss. legat. 6. 54: — ut autem viri boni arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem testamento remitti posse.

Justinianische Recht die praktische Bedeutung ab [5]). Im Wesentlichen auf dem gleichen Boden steht Windscheid [6]), wenn er bemerkt, testamentarisch könne die Bürgschaftsstellung nur insofern vom Eigenthümer erlassen werden, als derselbe dadurch seine Verfügungsbefugniß nicht überschreite: denn Vermächtniß zu Nießbrauch ohne Sicherstellung sei im Ergebniß leicht Vermächtniß des gesammten Vermögenswerths. Eine andre Ansicht trägt Bedenken, der im Codex vorliegenden klaren Verordnung um historischer Beziehungen der angegebenen Art willen die Geltung zu versagen [7]): auch wir beharren bei dieser von der heutigen Praxis mit Entschiedenheit festgehaltenen Auffassung [8]).

Es läßt sich jetzt sagen, welche Bedeutung einem durch testamentarische Verfügung ausgesprochenen Erlaß der Sicherheitsleistung dann zukommt, wenn derselbe durch die Socini'sche Cautel verstärkt ist. Die l. 7 C. cit. beschränkt den Erblasser zu Gunsten der mit der Proprietät bedachten Personen in der Verfügungsbefugniß, der testamentarische Erlaß der Sicherheitsleistung ist danach nichtig. Ein solcher von vorn herein nichtiger Act aber kann durch das bloße, wenn gleich mit der Socini'schen Cautel verbundene Verbot der Anfechtung nicht gekräftigt werden. Das Verbot muthet dem Erwerber der Proprietät lediglich ein negatives Verhalten zu: nicht er soll den Anspruch auf Sicherheitsleistung fallen lassen, der Erblasser ist es, welcher den Nießbraucher von der Sicherheitsleistung zu befreien unternimmt. Die Zumuthung aber, einen an sich nichtigen Act nicht anzufechten, ist rechtlich ohne Bedeutung.

Anders ist es, wenn der Erblasser dem, welchem die Proprietät

---

[5]) So Böcking, Instit. § 165 Anm. 44. Arndts, Pand. § 180 Anm. 3. — Uebrigens ist die angegebene geschichtliche Ableitung (Hugo, Rechtsgesch. Abth. II S. 921 f.) kaum mehr als eine Vermuthung.

[6]) Pand. I § 204 Anm. 9. — Windscheid hat wohl bei der im Text wiedergegebenen Aeußerung vorzugsweise die Gefährdung der Pflichttheilsberechtigung durch den Erlaß der Sicherstellung im Auge.

[7]) So Sintenis I § 59 bei Anm. 39. Brinz I § 193 Anm. 11 (Aufl. II).

[8]) Dafür die sämmtlichen Erkenntnisse der Anm. 3. Ebenso Erk. d. O.-A.-G. Celle vom 25. April 1854 (Seuffert 9. 137). Mit Recht wird es hier als ein Widerspruch bezeichnet, daß der Erblasser, während er nur den Nießbrauch vermacht, eine Verfügung trifft, die das dem Erben vorbehaltene Recht unsicher machen würde. Vergl. auch Sintenis a. a. O.

zufällt, die Auflage ertheilt, den Erlaß durch Rechtsgeschäft mit dem Nießbraucher zu erklären. Diese Auflage bildet eine zulängliche Unterlage für die Cautel.

Uebrigens ist man bezüglich der hier besprochenen, namentlich in der neuesten Praxis mehrfach verhandelten Frage durchaus nicht einig. Unsre Ansicht dürfte mit der des O.=A.=G. zu Jena (Anm. 3 unter a.) zusammentreffen[9]). — Dem letzten Willen günstiger ist das O.=A.=G. Celle (Anm. 3 unter b.). In dem von diesem Gericht entschiedenen Falle hatte der Erblasser die mit dem lebenslänglichen Nießbrauch des Vermögens bedachte Wittwe von der Sicherheitsleistung entbunden, dasjenige seiner Kinder aber, welches mit der Verfügung nicht zufrieden sein sollte, auf den Pflichttheil beschränkt. Offenbar lag hier lediglich testamentarischer Erlaß der Sicherheitsleistung vor. Trotzdem behandelt das Gericht mit Rücksicht auf die angehängte Socini'sche Cautel die Erbeseinsetzung der Kinder zu dem den Pflichttheil überschreitenden Theile als an die Bedingung geknüpft, daß sie der Mutter die Sicherheitsleistung wegen des Nießbrauchs erlassen. Damit hat man, wie mir scheint, das dem Notherben in der Cautel angesonnene rein negative Verhalten ohne Grund in die Auflage zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts umgewandelt, folgeweise die gegen den testamentarischen Erlaß gerichtete Bestimmung der l. 7 C. cit. illusorisch gemacht. — Gleiche Grundsätze wie in dem Erkenntniß von Celle werden in den Gründen eines Erkenntnisses des O.=G. zu Wolfenbüttel ausgesprochen (Anm. 3 unter c.): übrigens ist die Entscheidung des concreten Falls, wie er dem Gericht vorlag, nicht zu beanstanden. Denn der Erblasser hatte dem Proprietar die Bedingung gestellt, den der Nießbraucherin zugedachten Erlaß der Sicherheitsleistung nicht zu entkräften, sondern genehm zu halten und zu bestätigen, er hatte also in der That gefordert, daß der Erlaß soweit nöthig durch Rechtsgeschäft unter Lebenden wiederholt würde. — Umgekehrt wird die Vorschrift der l. 7 C. cit. mit voller Strenge vom O.=A.=G. zu Lübeck gehandhabt (Anm. 3 unter 3): das Gericht erachtet die Vor=

---

[9]) Leider ist die Mittheilung der Gründe des erwähnten Erkenntnisses eine sehr knappe. Aber das Urtheil erklärt an erster Stelle, gegenüber dem durch die Cautel verwahrten letztwilligen Erlaß sei das Verlangen der usufructuarischen Sicherheitsleistung Seitens der Vormundschaftsbehörde deshalb gerechtfertigt, weil der Erlaß nach römischem Recht unstatthaft sei.

schrift für einen Rechtssatz des öffentlichen Rechts und erklärt demgemäß die in der Cautel den eingesetzten Erben gestellte Bedingung, daß sie das testamentarische Verbot der Sicherheitsleistung wegen des Nießbrauchs nicht anfechten würden, für hinfällig, die Erbeseinsetzung für eine unbedingte. — Wie mir scheint, wird durch den oben von mir an die Spitze gestellten, von der Spruchfällung durchaus nicht in verdienter Weise betonten Unterschied eines unmittelbar vom Erblasser ausgehenden und eines dem Proprietar vom Erblasser zur Pflicht gemachten Erlasses der Sicherheitsleistung ein fester Anhalt für die Entscheidung der vom Leben dargebotenen Fälle gewonnen.

2. Ohne Bedenken kann die dem Notherben gemachte Auflage der späteren Herausgabe des Erbtheils an einen Dritten unter den Schutz der Cautel gestellt werden[10]).

3. Streitig ist die Wirksamkeit der Cautel, wo diese das mit der Zuwendung einer bestimmten Sache oder Summe verknüpfte, an den Notherben gerichtete Verbot sichern soll, die Vorlegung eines Inventars zu fordern. Die anscheinend herrschende Meinung[11]) sieht in einem solchen Verbot eine Kränkung der Pflichttheilsberechtigung, weil auf diesem Wege dem Berechtigten das Urtheil darüber unmöglich gemacht werde, ob er den Pflichttheil ungeschmälert erhalte. Allein das ist ein Scheingrund: nur über den Umfang derjenigen Zuwendung, die dem Notherben für den Fall in Aussicht gestellt wird, wo er die vom Erblasser gewollte Beschwerde des Pflichttheils (den Verzicht auf die Befugniß, Aufschluß über den Vermögensbestand zu fordern) sich gefallen läßt, kann eine mit Gefahr verbundene Ungewißheit bestehen. Der Pflichttheil ist hier wie sonst unbedingt vermacht, und es steht beim Notherben, an diesem festzuhalten, was er in der That thut, wenn er ein Inventar begehrt. Die Cautel trifft daher auch in diesem Falle auf kein Bedenken[12]).

---

10) Vergl. Francke S. 248.

11) Glück VII S. 89. Francke S. 249. Sintenis III § 196 Anm. 18.

12) So Arndts II S. 616 f. Erk. des O.-A.-G. Lübeck vom 15. Januar 1842 (Seuffert XI. 165).

II. Die querella inofficiosi testamenti.

§ 46.

A. Begriff und Wesen der Querel *).

I. Die Inofficiositätsquerel, bis auf Justinian das einzige Rechtsmittel zum Schutz der Pflichttheilsberechtigung gegen Verletzung durch letzten Willen, soll dem Notherben Genugthuung verschaffen gegenüber der ihm durch die ungerechtfertigte Ausschließung von der Erbschaft zugefügten Kränkung; das Mittel dazu bildet die Durchsetzung des gesetzlichen Erbanspruchs gegenüber dem Testament, das in entsprechendem Umfange durch richterliches Urtheil außer Kraft gesetzt wird. Formell begründet das römische Recht diese Erbfolge gegen den an sich gültigen letzten Willen durch den Vorwand, als habe der Erblasser bei der Zurücksetzung des Pflichttheilsberechtigten in unzurechnungsfähigem Zustande gehandelt (color insaniae).

Hiernach ist nächste Voraussetzung des Anspruchs, daß der Notherbe durch den letzten Willen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, ohne daß dafür ein rechtfertigender Grund bestände. Ausführlich ist von dieser Ausschließung, insbesondere von den zu deren Rechtfertigung geeigneten Gründen und der Frage ihres Beweises in den §§ 42 und 43 gehandelt. Die Ausschließung und damit die dem Erben zugefügte Kränkung muß vollendet sein: eben darum wird der Erwerb der Erbschaft durch den Testamentserben verlangt[1]).

Jene Thatsache der Kränkung wird in den Quellen mehrfach betont[2]), auch ist schon von andrer Seite hervorgehoben, daß dieselbe auf die Ausbildung der materiellen Rechtsgrundsätze der Querel in

*) Glück VII S. 356—363. Francke S. 250—270. Mühlenbruch 35 S. 335 ff., insbesondere S. 344—361. Arndts II S. 577—580. Vangerow II § 478. Hartmann, die querella inofficiosi testamenti (Basel 1864). Windscheid III § 584. Bekker, die Actionen des römischen Priv.-Rechts I S. 272—276.

[1]) Bei Francke S. 255 f. Windscheid § 584 Anm. 12 wird nur das negative Moment betont, daß ohne die Antretung das Testament ohnehin hinfällig sein würde. Allein grade das verdient hervorgehoben zu werden, daß erst mit dem Erwerb der Erbschaft auf Grund des Testaments die Kränkung durch Ausschließung vollendet ist. Aehnlich wohl schon Schmidt, Pflichtth.-R. S. 87.

[2]) *Injuria:* l. 4. l. 8 pr. D. h. t. l. 25 C. eod. l. 4 pr. C. de lib. praet. 6. 28; *indignatio:* l. 22 pr. D. h. t. Vergl. auch l. 5 pr. D. h. t. („indigne") pr. J. h. t. 2. 18 („inique").

manchen Punkten Einfluß geübt hat[3]). Vor Allem hat sie Antheil an dem Satze, daß der Anspruch nur bei zuvoriger Präparation auf die Erben des Berechtigten übergeht, wenn auch regelmäßig in der Präparation zugleich eine auf den Erwerb der Erbschaft gerichtete Handlung liegt[4]). Näher ist dies in dem § 56 unter II. auszuführen.

An die Frage nach dem Uebergange auf die Erben lehnt sich die andere nach dem Uebergange auf den Gewalthaber an. Ulpian beruft sich mit Papinian auf die der Querel innewohnende Tendenz, dem Notherben Genugthuung zu verschaffen, indem er dem Vater das Recht abspricht, wider den Willen des Sohnes in dessen Namen die Querel (gegen das mütterliche Testament) zu erheben[5]). Wenn gleichzeitig bemerkt wird, selbst nach erlangter bon. poss. litis ordinandae gratia (und damit erfolgter Präparation) erlösche der Anspruch mit dem Tode des Haussohnes[6]), so ist damit ausgesprochen, daß die Querel um ihrer erwähnten Natur willen keinen Theil des Peculium bildet, also auch nicht nach jenem Todesfall dem Vater nach Peculienrecht verbleiben kann[7]). Dem entsprechend wird die Querel in l. 1 § 8 D. si quid in fraud. 38. 5 der actio injuriarum darin an die Seite gestellt, daß ein Verzicht des Freigelassenen auf den Anspruch die Fabianische Klage nicht begründen soll.

Der Satz, daß durch die Anerkennung des Testaments die Querel aufgegeben wird, begegnet zwar ähnlichen Grundsätzen im patronatischen Pflichttheilsrecht[8]) sowie bei der bon. poss. contra tabulas der Descendenten[9]): allein sicher hat an der weiten Ausdehnung, welche dem Begriff der Anerkennung bei seiner casuistischen Durchbildung im Recht der Querel zu Theil geworden ist, der Ge-

[3]) Hartmann S. 3. Windscheid § 584 Anm. 11. Demelius, Unters. aus dem röm. Civ.-Recht I S. 33 ff.

[4]) Hartmann a. a. O. Windscheid § 585 Anm. 8.

[5]) l. 8 pr. vergl. mit l. 22 pr. D. h. t. 5. 2.

[6]) l. 8 pr. cit.: — finitam esse inofficiosi querellam, quae non patri, sed nomine dabatur filii (quae non patris nomine dabatur, sed filii? Momms.).

[7]) Bas. 39. 1. 8 schol. 4. Vergl. Mühlenbruch 35 S. 472 f.

[8]) Vergl. einstweilen Schmidt, Pflichtth.-R. S. 55. 56.

[9]) l. 10 § 3. l. 14 D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 5 § 2 D. de legat. praest. 37. 5.

sichtspunkt eines Nichtbeachtens der erlittenen Kränkung Theil, — ein Gesichtspunkt ähnlich dem der dissimulatio injuriae[10]).

Ob auf denselben Gedanken die **fünfjährige Verjährung** der Querel zurückgeführt werden kann, erscheint mir trotz der scharfsinnigen Begründung, welche **Demelius** der bejahenden Ansicht gegeben hat[11]), zweifelhaft. Diese Ansicht muß die Annahme zur Hülfe nehmen, daß die Verjährungsfrist ursprünglich eine zweijährige gewesen, erst nachträglich in eine fünfjährige umgewandelt sei. Allein für jene kürzere Frist liefert die Aeußerung bei Plin. ep. V. 1. nur geringen Beweis; die Aeußerung kann sehr wohl auf die Ersitzung bezogen werden[12]).

Noch weniger dürfte bei dem Institut der **Enterbung in wohlmeinender Absicht** eine Anknüpfung an die regelmäßig dem Pflichttheilsberechtigten in der Ausschließung widerfahrende Kränkung nahe liegen. Genügt doch hier nicht der **negative** Umstand, daß es an einer Kränkung fehlt, vor Allem das Nichtvorhandensein einer kränkenden Absicht[13]): vielmehr muß, damit es nicht zur Pflichttheilsklage komme, die Enterbung **positiv** dem wohlverstandenen Interesse des Notherben dienen.

Steht nach dem Bisherigen fest, daß das Merkmal der Kränkung des Notherben durch Ausschließung von der Erbfolge zur Begründung der Querel gehört, so erhebt sich die Frage, ob diese Kränkung vom Erblasser **beabsichtigt** sein muß. Zu sagen ist, daß nach den Quellen die Querel auch da stattfindet, wo der Erblasser den Notherben irrthümlich für nicht vorhanden hielt und darum überging (l. 27 § 4 D. h. t.). Indessen wird daneben der andere Gesichtspunkt der Anfechtung der Erbeseinsetzung wegen **Irrthums** betont. Näher soll von jener Verwendung der Querel im § 48 unter II gehandelt werden.

---

[10]) Vergl. **Demelius** a. a. O. S. 35. **Windscheid** III § 585 Anm. 3. l. 1 C. de in int. rest. min. 2. 22: — num inofficiosi querellae vel palam vel tacita *dissimulatione* sit renuntiatum — (Alex.).

[11]) A. a. O. S. 30—39. Zustimmend **Windscheid** III § 585 Anm. 5.

[12]) Vergl. **Burchardi**, röm. Recht Abth. IV S. 1129 bei Anm. 24 (II. Ausg.).

[13]) Allerdings wird diese Willensbestimmung hervorgehoben in Ulp. l. 18 D. de lib. 28. 2: Multi non *notae causa* exheredant filios nec *ut* eis obsint, sed *ut* eis consulant —; allein daß dies nicht ausreicht, wurde im § 43 unter II gezeigt.

II. Von jenem Moment der Kränkung aus lag es nahe, dem Notherben durch Aufhebung eben der Thatsache Genugthuung zu gewähren, durch welche er verletzt ist. Nun besteht jene Thatsache im Nichtbedenken bei der Verfügung über das Vermögen; demnach ergab sich die Aufgabe, dem Notherben entgegen dem letzten Willen und unter Rescission desselben die Theilnahme an der Erbfolge zu eröffnen[14]). In Wirklichkeit ist jedoch die Bedeutung, welche das Durchsetzen der gesetzlichen Erbberechtigung für das Recht der Querel hat, noch eine andere. Daß der *color insaniae* ein durchaus künstliches Moment in der Begründung der Klage ist, ergibt sich ohne Weiteres daraus, daß das Recht hier von einem Vorwand spricht, daß man anerkennt, in Wahrheit sei an einen Wahnsinn des Erblassers nicht zu denken, da ja sonst der letzte Wille nichtig sein würde[15]). Allein auch die Art, wie auf die Kränkung des Notherben der Nachdruck gelegt wird, entspricht nicht, was seltener betont wird, der natürlichen Anschauung. Macht man sein Urtheil frei vom Einfluß der im römischen Recht vorliegenden positiven Bildung, so muß man zu der Erkenntniß gelangen, daß im Grunde das Hauptgewicht auf den vermögensrechtlichen Gesichtspunkt fällt. Das Vermögen des Sterbenden findet doch billiger und schicklicher Weise einen neuen Träger vor Allem an seiner Familie: sind nun in dieser so nahe Angehörige vorhanden, wie sie uns in den Pflichttheilsberechtigten begegnen, so besteht für das Recht ein genügender Anlaß, gegen deren lieblose Nichtberücksichtigung bei der Vertheilung des Vermögens positiv zu reagiren. So ist es in der That beim Pflichttheilsrecht des Patrons und des Parens Manumissor.

Damit entsteht die Aufgabe, für die beiden hier berührten künstlichen Constructionsmittel im Recht der Querel die Erklärung aufzusuchen. Eine solche dürfte sich nun beim Herausstellen des Moments der Kränkung leicht ergeben. Hier halte ich es für ausgemacht, daß die hohe Achtung der Römer vor dem letzten Willen des Abgeschiedenen maßgebend gewesen ist: ein Angriff auf das an sich gültige Testament mußte sich dem Gefühl weit eher erträglich machen, wenn man die dem Ueberlebenden gebührende persönliche Genugthuung gegenüber einer schreienden Vernachlässigung des Familiensinns an

---

14) So Brinz, Abth. II S. 838.

15) l. 2 D. h. t.

die Spitze stellte[16]). Und eben wenn die Rücksicht auf den letzten Willen den Grund für die Wahl eines solchen Klagfundaments bildete, erklärt es sich vollkommen, daß man Letzteres im Sinne einer Milderung des Angriffs ausbeutete. Grade dieses Merkmal ist allen oben hervorgehobenen Erscheinungen gemein: der Abhängigkeit der Vererbung von der Präparation, der ungünstigen Stellung des Gewalthabers gegenüber dem in der Person des Hauskinds begründeten Anspruche, der weiten Fassung, die man dem Begriff des durch Anerkennung erklärten Verzichts gab. Dasselbe würde auch zutreffen bei der kurzen Verjährungsfrist, wenn man diese gemäß der oben besprochenen Ansicht neuerer Schriftsteller hieher ziehen dürfte. — Auch daß man die Querel erst mit der Antretung des Testamentserben in's Leben treten ließ, ist nach der Bemerkung im Eingang (vergl. Anm. 1) auf diesen Gesichtspunkt zurückzuführen. Sehr wohl möglich ist es endlich, was Bekker geltend macht[17]), daß die Beschränkung des Anspruchs auf die Rescission des Testaments („im Gegensatz zum Erkennen schon vorhandener Richtigkeit") zum Theil auf diesem Bestreben ruht, das Testament möglichst zu erhalten; gewiß hat aber auf die Wahl dieser Form der Ungültigkeit auch das Bedürfniß Einfluß geübt, die Frage der Aufhebung des letzten Willens im einzelnen Fall von einer sorgfältigen richterlichen Prüfung des gegebenen Thatbestands abhängig zu machen.

Mehr Schwierigkeiten bietet die Erklärung des *color insaniae*[18]). Wenn man zu diesem Ende auf die Achtung vor der Testirfreiheit Gewicht gelegt, also im Grunde eben das Moment hervorgezogen hat, welches wir vorhin beim Gesichtspunkt der Kränkung des Notherben betonten (Keller), so steht schon entgegen, daß unmöglich zwei völlig von einander unabhängige Wege eingeschlagen sein können, um dem nämlichen Bedürfniß gerecht zu werden. Auch ist mit Hartmann zu behaupten, daß ein so augenscheinlich formelles Hülfsmittel nicht wohl um einer andern als einer processualischen Rücksicht willen zur Anwendung gebracht sein kann. — Sehr ansprechend ist der Ge-

---

16) Gaj. l. 4 D. h. t. Non est enim consentiendum parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt —.

17) Actionen I S. 280 Anm. 17.

18) Die im Folgenden besprochenen Aeußerungen neuerer Schriftsteller über diesen Theil der Begründung der Querel finden sich schon bei Hartmann S. 6 f. berücksichtigt.

danke von Brinz[19]), daß man der Inofficiosität den Anstrich des Wahnsinns verlieh, um die dem Urtheil auf die Querel beigelegte außerordentliche Kraft, den Kläger mit Aufhebung des Testaments zum Erben zu machen, äußerlich zu rechtfertigen. Indessen mußte ja der Kläger schon bei der Klage, wie Brinz selbst erwähnt und wie wir sogleich besprechen, die Erbschaft für sich in Anspruch nehmen, also sich schon vor dem Urtheil einen Erwerb zuschreiben, der doch erst durch dieses ermöglicht werden sollte. Eben damit gelangt man zu der nach unserer Ueberzeugung richtigen Ansicht, daß man einer scheinbaren Grundlage für die Behauptung des Klägers bedurfte, die Erbschaft stehe ihm zu, — mochte diese Behauptung als vindicatio hereditatis auftreten oder nur dem inofficiosum dicere zur Stütze dienen. Für diese Ansicht[20]) spricht, daß die Quellen ausschließlich den Standpunkt der Partei, nicht des Richters betonen[21]). Und in die Augen fällt, daß doch auf diesem Punkte schon für die Anträge des Klägers eine Stütze geschaffen werden mußte. Denn nach den Grundsätzen des Erbrechts war der im Testament Eingesetzte wirklicher Erbe, der Kläger konnte also nicht von sich aussagen, daß er in concreto zur Erbschaft gerufen, geschweige denn daß ihm die Erbschaft erworben sei. Solche Bedenken bestanden nicht, wenn man das Testament mittelst des vorgewendeten Wahnsinns als nicht vorhanden darstellte.

Dieser Standpunkt wurde dann einfach durch den Spruch des Richters auf Inofficiosität — demnächst auf Herausgabe der Erbschaft — adoptirt, man ließ als bestehenden Rechtszustand erscheinen, was in Wahrheit erst vom Erkenntniß begründet werden sollte. Verbarg sich aber so hinter der gewählten Form eine wahre Aenderung des bestehenden Rechtsverhältnisses, so fand diese innerlich ihre Begründung in dem vom Gewohnheitsrecht getragenen Satze, daß mit dem Aus-

---

19) Pand. II S. 838 f.

20) Sie ist schon angedeutet bei *Raph. Fulgosius* ad l. 1 C. de inoff. test. 3. 28, in neuerer Zeit bei Francke S. 255, — hier freilich in Verbindung mit der nicht von uns angenommenen Auffassung der Querel als einer qualificirten Erbschaftsklage.

21) Marcian. l. 2 D. h. t. Hoc colore (de) inofficioso testamento *agitur*, quasi non sanae mentis fuerunt —. Marcell. l. 5 D. eod.: — resque illo colore *defenditur* apud judicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse —. pr. J. eod. 2. 18: — liberi, qui *queruntur* — hoc colore, quasi non sanae mentis fuerunt —.

spruch auf testamentum inofficiosum die Aufhebung des letzten Willens erfolgte[22]). Die hier entwickelte Ansicht bildet einen Theil der Erklärung von Hartmann (S. 7 f.), doch erhält sie bei Letzterem einen Zusatz vom Standpunkt des Rechts der Legisactionen. Es wird betont, daß nach diesem Recht die Bildung neuer Klagen auf den Weg der Gesetzgebung eingeschränkt war, daß demnach beim Mangel eines Gesetzes der neue Rechtssatz unter eine der hergebrachten legis actiones gestellt werden mußte: als solche habe sich nur die Formel der hereditatis petitio dargeboten. Und da diese die Erbschaft als dem Kläger bereits zustehend dargestellt habe, so habe man an einen bestehenden Satz des jus civile anknüpfen müssen: dies sei geschehen, indem man den Erblasser einem furiosus gleich behandelt habe.

Hartmann's Erklärung beruht auf der Voraussetzung, daß die Parteibehauptung des Klägers bei der Querel durchweg auf ein „hereditatem meam esse", nur mit einem die Lieblosigkeit des letzten Willens betonenden Zusatze, gestellt gewesen sei[23]). Allein dem entgegen ist mit vollem Recht von Bekker ausgeführt[24]), daß der Querel an sich nur ein Streit über das „testamentum inofficiosum esse" entsprach. Zwar wird man anzunehmen haben (davon noch im § 49), daß die Instruktion vor dem Prätor regelmäßig gleichzeitig über das „hereditatem meam esse" erfolgte; allein bestimmt wurden beide Behauptungen des Klägers äußerlich gesondert vorgetragen, und der Spruch des Richters befaßte sich zunächst nur mit dem „testamentum inofficiosum esse". Ist dies begründet, so fällt grade für die der Querel eigenthümliche Rechtsbehauptung, das „ajo Lucii Titii testamentum inofficiosum esse" die Möglichkeit der Anlehnung an eine bestehende legis actio weg: man wird nicht umhin können, bei dieser die auf die Volksüberzeugung gestützte Praxis des Centumviralgerichts als die einzige Quelle gelten zu lassen. — Wenn wir sagten, das Urtheil des Centumviralgerichts habe zunächst nur die Frage der Inofficiosität betroffen, so hat selbstverständlich eine gleiche Beschränkung für die Verhandlungen vor dem Gerichtshofe nicht behauptet werden sollen. Ohne Zweifel mußte der Kläger sich auf seine Erb-

---

22) Hartmann a. a. O.

23) Sie würde nach den Andeutungen von Hartmann S. 7, bes. Anm. 3, etwa so gelautet haben: ajo Lucii Titii testamentum inofficiosum erga me esse eamque ob rem ejus hereditatem ex jure Quiritium meam esse.

24) Actionen I S. 272—275.

berechtigung berufen: sein Antrag auf Vernichtung des Testaments konnte nur begründet befunden werden, wenn diese seine Berechtigung als Grundlage des Pflichttheilsanspruchs nachgewiesen und die Möglichkeit, solche schon jetzt geltend zu machen, mittelst des color insaniae dargelegt war.

III. Wie im Eingang von II bemerkt wurde, erlangt der Notherbe gegenüber der durch die Ausschließung von der Erbschaft ihm widerfahrenen Kränkung dadurch Genugthuung, daß seiner gesetzlichen Erbberechtigung durch die Aufhebung des Testaments Raum verschafft wird. Näher ist das Verhältniß dieser Erbberechtigung zur Querel schon im § 36 unter II bezeichnet (S. 265 ff.): sie ist Theil des Rechtsgrundes der Klage, weil ohne sie keine Kränkung gegeben ist, — ihre Durchsetzung aber ist Mittel zur Erreichung der Genugthuung, welche äußerlich den Zweck der Klage darstellt.

Verlangt wird an sich nächste gesetzliche Erbberechtigung; doch erleidet dies die Einschränkung, daß entsprechend der bei der gesetzlichen Erbfolge bestehenden Succession unter den mehreren Berechtigten auch im Pflichttheilsrecht bei Wegfall des an erster Stelle berufenen Notherben der zunächst hinter diesem stehende zur Querel gelangt. — Ferner will an sich die Klage der gesetzlichen Erbberechtigung des Notherben nur im Umfange seines gesetzlichen Erbtheils Geltung verschaffen; auch hier aber wird durch die Grundsätze über Anwachsung eine Aenderung begründet: unter gewissen Voraussetzungen gehen auf den Pflichttheilsberechtigten auch auf dem Gebiet der mit der Querel herbeizuführenden Erbfolge die Erbtheile ausfallender Miterben über. Von der Succession wie von der Anwachsung rede ich im § 53.

Mit Rücksicht auf die dargestellten Beziehungen der Querel zur gesetzlichen Erbberechtigung des Notherben wirft sich die Frage auf, wie das Verhältniß der Klage zu der die Erlangung des gesetzlichen Erbtheils bezielenden Erbschaftsklage zu denken ist. Noch heute ist die hierauf zu ertheilende Antwort, die für die Feststellung des Wesens der Querel in erster Linie entscheidend ist, eine sehr streitige: während die eine Meinung die Querel lediglich als eine qualificirte Erbschaftsklage behandelt, wird die Klage von anderer Seite als ein durchaus selbständiger, einzig auf Vernichtung des Testaments gerichteter Anspruch bestimmt. Nur soviel erkennen die meisten Vertreter der zweiten Ansicht an, daß die Querel sich regelmäßig mit der Erbschaftsklage verbindet. — Die zweite Ansicht ist

nach meinem Urtheil im Recht; die Erörterung der Streitfrage wird im § 47 unternommen werden.

IV. Mit der soeben berührten Frage steht die andere nach der Person des mit der Querel zu belangenden Beklagten im Zusammenhange. An sich ist der Anspruch gegen den Testamentserben gerichtet, dieser ist in Wahrheit die allein zur Vertheidigung des letzten Willens berufene und geeignete Person[25]). Dem eingesetzten Erben aber steht gleich, wer rechtlich in der Eigenschaft eines Gesammtnachfolgers — sei es von ihm, sei es vom ersten Erblasser — an seine Stelle getreten ist. Als solcher begegnet in den Quellen der Erbschaftsvermächtnißnehmer[26]). Da dieser mit der Herausgabe des Vermögens wahrer Gesammtnachfolger des Erblassers wird, während von jetzt ab durch das Mittel von Exceptionen oder Versagung der Klagen die Verbindung des beschwerten Erben mit den zur Erbschaft gehörigen Ansprüchen wie Verbindlichkeiten gelöst wird, so muß auch die nach der Herausgabe der Erbschaft anhängig zu machende Querel sich gegen den Erbschaftsvermächtnißnehmer wenden. Anders ist es, wenn dieselbe schon vor der Herausgabe gegen den (in diesem Zeitraume allein zu belangenden) Fiduciar anhängig gemacht, das Urtheil aber erst nach der Herausgabe ergangen ist. Hier verliert Letztere die Kraft, der Erbschaftsvermächtnißnehmer hat dem Pflichttheilsberechtigten das Vermögen zu überlassen[27]). — Als Gesammtnachfolger des Erblassers haftet der Querel auch der Notherbe, der dem eingesetzten Erben das Vermögen mittelst der bon. poss. contra tabulas entzogen hat. Denn an diesen verliert der Eingesetzte rechtlich den ganzen Nachlaß, — der Erbbesitzer steht heredis loco, — eine Rechtsstellung, die ihm der Prätor in vollem Umfange gewährt[28]).

Nach l. 10 C. h. t. 3. 28 richtet sich die Querel auch gegen den Fiscus, wo auf diesen das Vermögen des zunächst haftenden Erben als erbloses Gut übergegangen ist: der Fiscus ist hier als

[25]) Darum wird auch, wo die Quellen auf den Beklagten hinweisen, regelmäßig der eingesetzte Erbe in's Auge gefaßt: l. 8 § 2. 10. 13. l. 10 pr. in f. l. 15 § 2. l. 16 pr. l. 19. l. 21 pr. § 2. l. 23 pr. l. 24. l. 25 § 1. l. 27 pr. D. h. t. l. 10. 13. 22. 34. l. 36 § 2 C. eod. l. 76 pr. D. de legat. II° (31).

[26]) l. 1 C. h. t. 3. 28.

[27]) l. 55 § 5 D. ad SC. Trebell. 36. 1, womit zu vergleichen l. 63 § 2 D. eod.

[28]) l. 20 pr. D. de bon. poss. contra tab. 37. 4. l. 13 pr. D. eod. Vergl. noch Schmidt, Recht der Notherben S. 138 Anm. 239. Leist, Forts. II S. 28 f. Dazu unsre Ausführungen im § 23.

Rechtsnachfolger des **Erben** in die in dessen Person begründete, der Querel entsprechende Verpflichtung eingetreten[29]).

Daß die aufgezählten Personen nicht die einzigen sind, welche außer dem Testamentserben als rechte Beklagte gegenüber der Erbschaftsklage zu nennen sind, bedarf keiner Ausführung: jeder Gesammtnachfolger des Erblassers, auch wenn er erst nachträglich aus irgend welchem Grunde in die Stelle des durch dessen Testament gerufenen Erben einrückt, hat die Klage auf sich zu nehmen: so Jeder, der dem Eingesetzten das Vermögen wegen Erbunwürdigkeit entzieht[30]). Dagegen darf nicht gesagt werden, daß die Klage gegen Jeden zu erheben wäre, welcher die Erbschaft oder Theile derselben *pro herede* **oder** *pro possessore* besitzt. Es ist gewiß, daß die Querel durch eine solche subjektive Ausdehnung ihre Selbständigkeit gegenüber der Erbschaftsklage verlieren würde: für die Annahme jener Ausdehnung aber fehlt es an einem genügenden Grunde. Denn die l. 1 C. h. t. 3. 28, welche den Erbschaftsvermächtnißnehmer haften läßt, perinde — ac si pro herede aut pro possessore possideret, hat als erhobenen Anspruch eine Querel im Auge, **mit welcher die Erbschaftsklage verbunden** ist[30a]).

Mit allem dem ist die Frage nicht abgeschnitten, ob nicht ausnahmsweise auch gegen einen Erbschaftsbesitzer, **welcher** sich keine **Erbberechtigung** aus dem **Testament** zuschreibt, sowie gegen solche Personen, die zwar keine solche Berechtigung, **aber doch überhaupt** ein Recht **auf das Testament gründen**, eine Querel statthaft ist. Und wie nach dieser Seite hin, so bedarf es auch insoweit einer Feststellung der subjectiven Voraussetzungen der Querel, als die Möglichkeit einer Klage **gegen den nicht besitzenden Testamentserben** in's Auge gefaßt sein will. Alle diese Erörterungen können nur in Verbindung mit der auf den § 47 ausgesetzten Untersuchung über das Verhältniß der Querel zur Erbschaftsklage durchgeführt werden. Nur das ist schon hier zu bemerken, daß nach der von uns

---

[29]) Vergl. **Francke** S. 286.

[30]) So **Glück** VII S. 407—409. **Arndts** II S. 578.

[30a]) Vergl. wegen der Frage, ob die Klage gegen jeden Besitzer pro herede oder pro possessore zustehe, **Mühlenbruch** 35 S. 352—361, **Hartmann** S. 9 f., welche die im Text ausgesprochene Ansicht vertreten, — anderseits **Brinz** II S. 841, **Bekker**, Actionen I S. 275 f., welche die Querel in weiter Ausdehnung gegen einen Besitzer der beschriebenen Art zulassen.

zu entwickelnden Ansicht die Klage nach beiden Richtungen hin in gewisser Ausdehnung zuzulassen ist.

V. Wiederholt berührt ist, daß der mit der Querel zu verfolgende Anspruch erst mit der Erbschaftsantretung des Testamentserben entsteht[31]). Die Antretung führt an sich zu einem gültigen Erbschaftserwerbe[32]). Von den Formen, in welchen die Folgen dieses Erwerbs nach durchgeführter Querel rückgängig gemacht werden, ist bei den Wirkungen der Querel zu handeln.

Um den Notherben gegen übermäßige Verzögerung der Rechtsverfolgung zu sichern, verordnet Justinian — l. 36 § 2 C. h. t. —, daß der Eingesetzte sich bei in Aussicht stehender Querel innerhalb bestimmter Frist über die Erbschaftsantretung erkläre: wohnen beide Parteien in derselben Provinz, so muß die Erklärung binnen sechs Monaten, andernfalls muß sie innerhalb Jahresfrist erfolgen. Die Frist ist tempus continuum und beginnt mit dem Tode des Erblassers. Ist die Erklärung während dieser Zeit nicht erfolgt, so ist der Berufene Gerichtswegen zu derselben anzuhalten. Dem Ausdruck nach scheint Justinian zu sagen, es solle ohne Weiteres Zwang zur Antretung geübt werden[33]). Indessen ist das gewiß nur eine ungeschickte Fassung: ein derartiger Zwang würde keinen Sinn haben, man könnte nur die Fiction der Antretung Platz greifen lassen. Mit Recht nehmen daher die meisten Rechtslehrer an, daß nur eine peremtorische Aufforderung zur Erklärung über den Antritt gemeint ist: uneinig aber ist man wegen des zu stellenden Präjudizes. Manche[34]) geben demselben den Inhalt, mit Verweisung auf die Grundsätze des classischen Rechts über die richterliche Antretungsfrist[35]), daß der Eingesetzte bei ausbleibender Erklärung als ablehnend gelten solle. Allein

[31]) Ulp. l. 8 § 10 D. h. t.: — quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella. Daß der hier bezeugte Satz und damit der Beginn der Klagverjährung unter den römischen Juristen streitig war, zeigt l. 36 § 2 C. h. t. 3. 28.

[32]) pr. J. h. t. 2. 18. l. 32 D. de H. P. 5. 3. l. 31 pr. D. de vulg. 28. 6.

[33]) l. 36 § 2 C. cit.: — sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime adierit, per officium quidem judicis scriptum *compelli hoc facere*. Manche Rechtslehrer wollen bei diesen Worten stehen bleiben: so Mühlenbruch 41 S. 296 f. Vangerow II § 478 Anm. unter II. Mühlenbruch will demgemäß Nöthigung zur Einlassung auf die Querel des Pflichttheilsberechtigten eintreten lassen.

[34]) Francke S. 256. Arndts II S. 578 Anm. 86. Windscheid III § 584 Anm. 12.

[35]) l. 69 D. de A. v. O. H. 29. 2. Vergl. auch Gaj. II. 167.

für einen solchen Gedanken wäre in der That der Ausdruck, es solle Zwang zur Antretung stattfinden, mehr als unpassend. Unter allen Umständen sprechen diese Worte für das Präjudiz der Antretung. Und diese Ansicht[36]) kann sich außerdem auf einen andern gewichtigen Grund stützen. Die l. 36 C. cit. ist vom 1. September 531. Wenige Wochen später, am 27. November 531, erließ Justinian die l. 22 C. de jure delib. 6. 30: hier verordnete er allgemein, der Berufene habe mit Ablauf der Deliberationsfrist als antretend zu gelten. Läßt sich wohl im Sinne Justinian's für unsern Fall ein anderes Präjudiz annehmen? Wir dürfen uns, wie ich meine, um so eher für das Präjudiz der l. 22 C. cit. entscheiden, als die Antretung des Testamentserben das Querelrecht nicht beeinträchtigt.

VI. Bisher ist das Recht der Querel erörtert mit Rücksicht auf deren Begründung und Zweckbestimmung, sodann ist das Verhältniß des Anspruchs zur Erbschaftsklage, die Person des Beklagten und der Zeitpunkt der Entstehung der Klage festgestellt. Zum Abschluß dieser allgemeinen Erwägungen soll noch die Stellung der Querel im System des Civilrechts erwogen werden.

Unter III wurde hervorgehoben, daß die Querel an sich, im Verhältniß zur Erbschaftsklage, ein durchaus selbständiger, lediglich auf die Vernichtung des Testaments gerichteter Anspruch ist, bestimmt dazu, der gesetzlichen Erbberechtigung des Klägers Raum zu schaffen. Damit legt sich ein processualischer Gesichtspunkt nahe, den eine neuere Ansicht betont, — die Auffassung der Querel als Präjudicium[37]). Unverkennbar besteht auch eine nicht geringe Verwandtschaft mit diesem. Wie es bei Letzterem nicht zu einer Condemnation kommt (Gaj. IV. 144 vergl. mit § 13 J. de act. 4. 6), so erfolgt bei der Querel, eingehüllt in das sacramentum justum esse, nur ein Spruch

---

[36]) Für dasselbe Sintenis III § 199 unter II. 1.

[37]) So Hugo, Rechtsgesch. I S. 564 (Aufl. XI). Fabricius, bon. poss. S. 146 ff., besonders S. 149. Bekker, Actionen I S. 285. — Aeltere Schriftsteller, soweit solche die Querel gleich uns als einen selbständigen Anspruch behandeln, sprechen meist nur von einem jus quoddam rescindendi testamentum, sie gehen nicht näher auf den Anspruch ein. Vergl. *Azo*, summa Cod. ad l. 1 h. t. n. 24. *Accurs.* glo. prosit ad l. 6 § 1 D. h. t., womit etwa zu verbinden ist glo. exercere ad l. 20 D. eod., glo. teneatur ad l. 1 C. eod. Näher dargestellt ist die frühere Lehre bei *Klenze*, querellae inoff. test. natura S. 15—19, womit etwa zu vergleichen ist Glück VII S. 361.

über das „testamentum inofficiosum esse“[38]). Mit jener Eigenthümlichkeit der fehlenden Condemnation hängt es zusammen, daß die Rechtsbehauptung der Partei sich in den Vordergrund drängt. So bei den Statusklagen das liberum, ingenuum se dicere, servum dicere, patronum se dicere und Aehnliches[39]), bei der Querel das inofficiosum dicere, de inofficioso disputare[40]). — Bei der Querel, wo sie sich gegen den Testamentserben richtet, reicht die Rechtskraft des Erkenntnisses über die am Proceß betheiligten Personen hinaus, Letzteres schafft Recht auch gegenüber Dritten; einer ähnlichen, ausnahmsweise ausgedehnten Wirkung des rechtskräftigen Erkenntnisses begegnen wir bei den auf die Statusverhältnisse bezüglichen Präjudicien[41]).

Aller dieser Berührungspunkte ungeachtet erscheint die Behandlung der Querel als Präjudicium nicht gerechtfertigt. Schon Hartmann (S. 12) hat darauf hingewiesen, daß die dem Richterspruch bei der Querel zufallende Aufgabe, ein in Geltung stehendes Testament zu vernichten, über die Zwecke des Präjudicium hinausgeht. Weit treffender ist die Vergleichung der Querel mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: hier ist in der That die Uebereinstimmung in den materiellen Rechtsgrundsätzen eine so große, daß man die Pflichttheilsklage eine civile Restitution gegen den letzten Willen und die auf Grund desselben eingetretene testamentarische Erbfolge wird nennen können.

Ich versuche die Gegenüberstellung beider Institute im Einzelnen durchzuführen, da dadurch die Erfassung des Wesens der Querel gefördert werden dürfte[42]).

Daß der Notherbe verletzt ist, erkennt das Recht durch das Hervorheben der ihm widerfahrenen Kränkung an. Freilich ist diese gegen die Person gerichtet, aber der kränkende Thatbestand besteht doch

---

[38]) l. 8 § 16. l. 10 pr. l. 17 § 1. l. 26 D. h. t. 5. 2. l. 4 C. eod. 3. 28. Dazu weitere im § 47 Anm. 35—44 gesammelte Stellen.

[39]) Vergl. l. 7 § 4. 5. 6. l. 8. l. 24 pr. l. 27 § 1 D. de lib. caus. 40. 12. rubr., l. 2 § 1. l. 6 D. si ingen. 40. 14. l. 1 § 4 D. ne de statu defunct. 40. 15. l. 14 D. de probat. 22. 3. l. 2. 19 C. de liber. caus. 7. 16. l. un. C. ad leg. Visell. 9. 21.

[40]) l. 1. l. 3. l. 6 pr. § 1. l. 8 § 2. 5. 8. 12. 14. 17. l. 10 § 1 D. h. t. u. f. f.

[41]) Vergl. die Ausführungen im § 47 unter B. 7.

[42]) Auf die Verwandtschaft mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat schon hingedeutet Arndts II S. 579 Anm. 96; schärfer wird sie betont von Windscheid II § 359 Anm. 6, womit zu vergleichen III § 584 Anm. 8.

in der Ausschließung vom Pflichttheil, und so soll auch die vom Recht gewährte Hülfe den Zugang zur Erbschaft eröffnen. Anderseits bedarf es zur Begründung der Wiedereinsetzung nicht nothwendig eines Vermögensnachtheils[43]). — Auch der Umstand hat vom Standpunkt des Rechts der Wiedereinsetzung nichts Befremdendes, daß das Nichtbedenken nur die Aussicht auf einen Vermögenserwerb entzogen hat[44]).

Dem Erforderniß eines rechtfertigenden Grundes bei der Wiedereinsetzung entspricht bei der Querel der Umstand, daß dem Pflichttheilsberechtigten eine auf enge Blutsverwandtschaft gegründete nächste gesetzliche Erbberechtigung zur Seite stand, dieser engen verwandtschaftlichen Beziehung aber vom Erblasser unbilliger Weise nicht Rechnung getragen ist[45]).

Der Erfolg des Querelstreits steht in voller Uebereinstimmung mit dem des Wiedereinsetzungsverfahrens. Wie bei Letzterem die den Imploranten verletzende juristische Thatsache ihrer an sich eingetretenen rechtlichen Wirkungen entkleidet wird, so entzieht der Richterspruch auf die Querel den juristischen Thatsachen des letzten Willens und des auf Grund desselben vollzogenen Erbschaftserwerbs die Rechtswirkung. So kann es nicht auffallen, wenn in einer der classischen Jurisprudenz angehörigen Aeußerung der Erfolg der Querel ganz so bezeichnet wird, wie die Wirkungen der Restitution gekennzeichnet zu werden pflegen[46]). — Daß das Verfahren über die Querel zu dem über die Erbschaftsklage im Verhältniß des judicium rescindens zum rescissorium steht, hat schon Arndts (Anm. 32 cit.) betont. — Auch die besonders freie Stellung des Centumviralgerichts bei der Würdigung des Thatbestands, namentlich beim Urtheil über das Verhalten des Notherben gegen den Erblasser, über die gegen Ersteren geltend gemachten Ausschließungsgründe, begegnet bei der Wiedereinsetzung der gleichen Stellung des Magistrats bei der Handhabung

[43]) Vergl. namentlich l. 3 D. de minor. 4. 4 (Restitution wegen versäumten Vortheils aus einem Kauf, gegründet auf das Affectionsinteresse). l. 6 D. eod. (— cum intersit eorum litibus et sumptibus non vexari —.) Weitere Fälle bei Windscheid I § 115 Anm. 3.

[44]) Paul. l. 27 D. ex quib. caus. maj. 4. 6: Et sive quid amiserit vel lucratus non sit, restitutio facienda est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit. l. 44 D. de minor. 4. 4.

[45]) Marcell. l. 5 D. h. t.

[46]) Dies geschieht bei Paul. l. 21 § 2. D. h. t. 5. 2: — evicta hereditate per inofficiosi querellam perinde omnia observantur, ac si hereditas adita non fuisset.

des Rechtsmittels. — Endlich liegt hier wie dort eine subsidiäre Rechtshülfe vor[47]).

Zum Schluß gebe ich eine Uebersicht über die auf die Querel bezüglichen einzelnen Lehren, welche im Folgenden behandelt sind. In engstem Zusammenhange mit dem Wesen der Querel steht die unter III ausgesetzte Feststellung des Verhältnisses der Klage zur Erbschaftsklage sowie die in Num. IV vorbehaltene Untersuchung, inwieweit die Querel auch in andrer Anwendung als in der Richtung gegen den besitzenden Testamentserben vorkommt. Davon in den §§ 47 und 48. Der § 48 wird ferner in Num. II die oben unter I a. E. berührte Verwendung der Querel bei dem Falle behandeln, wo der Erblasser den Notherben in der irrthümlichen Meinung überging, derselbe sei nicht vorhanden. Im § 49 sollen einige wenige mit Rücksicht auf die voraufgehenden Ausführungen unerläßliche Bemerkungen über die Geschichte der Querel und deren Behandlung im Sacramentsproceß Platz finden. Demnächst ist von den Wirkungen der Querel zu reden theils im Allgemeinen, theils bei den Fällen, wo eine Mehrheit sei es von Pflichttheilsberechtigten, sei es von Testamentserben vorhanden ist (§§ 50. 51). Mit der der Querel zufallenden Aufgabe, der gesetzlichen Erbberechtigung des Notherben zur Wirksamkeit zu verhelfen, steht das im § 52 zu bestimmende Verhältniß der Klage zur Delation und zum Erwerb der gesetzlichen Erbfolge, — hiermit wieder die Anwachsung und die Succession bei der Querel (§ 53) in Verbindung. In den §§ 54—56 werde ich die Gründe des Wegfalls der Querel, im § 57 die Frage der Subsidiarität dieses Anspruchs und die bei dessen erfolgloser Durchführung eintretende Erbunwürdigkeit behandeln.

§ 47.

B. Verhältniß der Querel zur Erbschaftsklage[1]).

Der Gegenstand, um dessen Feststellung es sich hier handelt, betrifft die wichtigste Seite in dem im § 46 erörterten Wesen der Querel: es ist zu sagen, ob diese eine selbständige Natur hat

---

[47]) Auf die kurze Verjährungsfrist bei der Querel soll kein Gewicht gelegt werden, da deren Ursprung zu wenig aufgehellt ist.

[1]) Außer den bei § 46 in Anm. * genannten Schriftstellern vergl. noch *Klenze*, querellae inofficiosi testamenti natura. (1820 — unvollendet).

oder nur als qualificirte Erbschaftsklage zu behandeln ist. Von der ersten, nach meiner Ueberzeugung richtigen Auffassung wurde schon im § 46 Gebrauch gemacht; ihre Begründung wurde bis hieher ausgesetzt. Nicht zu scheiden sind von dieser Untersuchung die Fragen: ob die Klage auch dann erhoben werden kann, wenn der zu belangende Testamentserbe sich nicht im Besitz der Erbschaft befindet: davon ist im Verlauf der gegenwärtigen Erörterung zu reden, — ferner ob die Querel auch stattfindet gegenüber einem Erbschaftsbesitzer, der sich für seinen Besitz nicht auf das Testament beruft, sowie gegen Personen, welche auf Grund des Testaments nicht Erbberechtigung, sondern einzelne Rechte in Anspruch nehmen. Hiervon im § 48.

Wegen der Litteratur über die Hauptfrage darf namentlich auf die reichhaltigen Angaben bei Klenze (Anm. 1 cit.) S. 1. 2. S. 15—18 verwiesen werden[2]). Hervorzuheben ist nur, daß die Behandlung der Querel als einer eigenthümlichen Art der hereditatis petitio, bei der dann die Beschwerde über Lieblosigkeit lediglich als causa aufgefaßt wurde, schon in den Basilikenscholien entwickelt wird[3]), daß dagegen die Glossatoren und Commentatoren sich mit wenigen Ausnahmen für die Sonderung von der Erbschaftsklage entschieden; der entgegengesetzte Standpunkt gelangte zuerst in der französischen Schule zur Herrschaft[4]), er hat diese auch bis auf die Gegenwart behauptet. Indessen mehren sich in neuester Zeit die Stimmen für die

---

[2]) Vergl. auch Hartmann S. 3—5.

[3]) Die Auffassung der Scholien ist diese. Im Allgemeinen reden dieselben in Anwendung auf die Querel von einer hereditatis petitio de inofficioso, einem petere hereditatem ex causa inofficiosi testamenti, — sie verwenden demnach als gleichbedeutend mit der querella inofficiosi den Ausdruck heredit. petitio. Vergl. Bas. **39.** 1 c. 1 sch. **1** c. 3 sch. 1 c. 6 sch. 5 c. 25 sch. **7.** Bas. **42** 1 c. 7 sch. 1 und 3. Diese Gleichstellung tritt uns insbesondere als eine selbstverständliche entgegen in schol. 1 und 2 zu Bas. **39.** 1 c. 34, der Stelle der Basiliken, welche die so wichtige, unten zu besprechende l. 1 C. h. t. 3. 28 wiedergibt. Näher läßt sich über das Verhältniß der Querel zur Erbschaftsklage Bas. **39.** 1 c. 1 schol. 1 aus (Stephanus). Dort wird geleugnet, daß die Querel für sich selbst Klage wäre: sie ist für die hereditatis petitio Klaggrund (*αἰτία τῆς ἀγωγῆς*).

[4]) Schon vorher hatte Raphael Fulgosius die gleiche Ansicht verfochten. Mir ist dies nur aus einer kurzen Aeußerung im Commentar zu l. 1 C. h. t. bekannt; der Commentar zum dig. vetus (ad l. 20 h. t.), auf den sich Klenze und Hartmann beziehen, ist mir nicht zugänglich gewesen.

Annahme eines selbständigen Anspruchs[5]); nur die Praxis scheint an der früheren Auffassung festzuhalten. Ein Erkenntniß des O.-Trib. zu Berlin vom 24. Januar 1860 (Seuffert **15.** 144) erklärt die Querel für eine mehrfach modificirte Erbschaftsklage; das Gericht verwirft insbesondere deren Behandlung als Präjudicium. Auf demselben Standpunkt steht ein Urtheil des O.-A.-G. zu Jena vom 13. April 1867 (**24.** 251), indem es ein blos präjudicielles und präparatorisches Rechtsmittel auf „Anerkennung des Erbrechts" nicht zulassen will.

Indem ich mich jetzt anschicke, die Beweise für die selbständige Natur des Anspruchs darzulegen, will ich vorweg die Ergebnisse bezeichnen, zu denen ich gelange. Es ist anzuerkennen, daß die Verbindung der Querel mit der Erbschaftsklage nach den Quellen die in hohem Grade überwiegende Regel bildet. Wenn dennoch die gewichtigsten Gründe für die Selbständigkeit der Klage sprechen, so ist die Dürftigkeit der äußeren Beweise für dieselbe nur daraus zu erklären, daß das Vorkommen des Anspruchs in gesonderter Gestalt aus einem zweifachen Grunde, den ich in den Pandekten mindestens angedeutet finde, erheblich eingeschränkt ist. Gegen den nichtbesitzenden Testamentserben wird dem besitzenden Notherben, soweit sein Besitz reicht, eine Querel nicht verliehen, es wäre denn in Gestalt eines Gegenangriffs gegen den von Ersterem ausgehenden Angriff. Gegen Dritte aber, die sich Erbberechtigung aus dem Testament nicht zuschreiben, findet eine Querel nur statt, wenn der Testamentserbe oder eine rechtlich an dessen Stelle getretene Person nicht belangt werden kann.

A. Die Zeugnisse für die zuvor erwähnte regelmäßige Verbindung der beiden Ansprüche werden von uns an die Spitze gestellt, weil sie zugleich das Beweismaterial für die herrschende Annahme abgeben, es sei die Querel eine qualificirte Erbschaftsklage. Die Frage, ob für diese Annahme äußere Beweise vorliegen, wird daher bei der Prüfung jener Zeugnisse ihre Erledigung finden. Es fällt bei der Betrachtung der Quellen in die Augen, daß dieselben

---

[5]) Dafür namentlich (außer Hartmann) Arndts, civ. Schriften II S. 577 bis 579. Schlesinger, krit. Viertelj.-Schrift **7** S. 471 f., Windscheid III § 584. Bekker, Actionen I S. 272—283. — Für die herrschende Lehre Francke S. 253—255. Mühlenbruch **35** S. 344—352. Vangerow II § 478 Anm. unter 1. Brinz II § 200. Köppen, Syst. I S. 112 f. Kuntze, Cursus § 867.

fast durchweg von jener regelmäßigen Erscheinung ausgehen[6]); auch ist dies sehr begreiflich. Der Testamentserbe, dem doch sogleich beim Tode des Erblassers deferirt und damit die sofortige Ergreifung des Besitzes am Nachlaß ermöglicht wird, ist die ordnungsmäßig allein zur Vertheidigung des Testaments gegenüber dem in der Querel liegenden Angriff berufene Person. Da nun die Querel dem Kläger mittelbar die Durchsetzung seines gesetzlichen Erbanspruchs möglich machen soll, so führt das Bedürfniß einer Vereinfachung der Rechtsverfolgung dazu, daß die gegen den nämlichen Beklagten zu erhebende Erbschaftsklage sogleich mit der Querel verknüpft wird. Diese regelmäßige Verbindung erklärt es, daß die Pflichttheilsklage als „hereditatis petitio ex causa inofficiosi querellae", als „hereditatis petitio ex nomine de inofficioso" bezeichnet wird[7]), sogar in Fällen, in denen es nicht darauf ankam, die Richtung der Klage gegen den Erbschaftsbesitzer zu betonen, vielmehr lediglich anzugeben war, ob einem enterbten Notherben oder doch dessen Descendenz zur Erbschaft zu verhelfen sei. Dieselbe Erscheinung macht es begreiflich, daß einige Stellen als selbstverständliche Folge der „quaestio inofficiosi testamenti", der „inofficiosi querella" die Herausgabe der Erbschaft behandeln[8]), — daß Sever in l. 1 C. h. t.

---

[6]) Vergl. im Allgemeinen l. 8 § 8. 13 in f. l. 16 § 1 in f. l. 17 pr. l. 19. l. 21 § 2. l. 27 § 3 D. h. t. l. 1. l. 22. l. 34 C. h. t. l. 76 D. de legat. II° (31). l. 20 D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 3 C. de H. P. 3. 31.

[7]) l. 20 D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 34 C. de inoff. test. 3. 28. Das von den im Text angeführten Wendungen betonte Causalverhältniß, wonach die Inofficiosität den Grund für das Eingreifen der gesetzlichen Erbfolge darstellt, findet sich eben so deutlich ausgeprägt in l. 3 C. de pet. her. 3. 31: — sed et si quaestionis titulus prior inofficiosi testamenti causam habuisset —. Vergl. auch noch l. 5 § 2 D. de H. P. 5. 3: — judiciorum, quae de hereditatis petitione sunt —. Dazu unten § 48 unter c. im Eing.

[8]) Papin. l. 16 § 1 D. h. t.: — filia defuncti — *quaestionem inofficiosi testamenti* recte pertulit: — et ideo universam hereditatem filiae cum fructibus *restitui* necesse est. Paul. l. 21 § 3 D. eod. — *evicta* hereditate per inofficiosi querellam —. Papin. l. 76 D. de legat. II°: Cum filius divisis tribunalibus *actionem inofficiosi testamenti* matris pertulisset, — pro partibus, quas aliis coheredibus *abstulit* filius —. Daß das „evicta hereditate" der l. 21 § 3 cit. vom Abstreiten des Erbrechts zu verstehen (Hartmann S. 8 Anm. 3) oder auf die rein präjudicielle Querel zu beziehen wäre (Bekker S. 281 Anm. 21 unter a), kann ich nicht glauben. Ist es denn so auffällig, daß Paulus den im „inofficiosum dicere" gegebenen entfernteren Grund der im Rechtswege erfolgten Entziehung der Erbschaft in's Auge faßt?

an das „de inofficioso testamento dicere" gegenüber dem Erbschafts-vermächtnißnehmer ohne Weiteres die Bemerkung anschließt:

non est iniquum hoc ei accommodari, ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede aut pro possessore possideret.

Wenn man in dieser Constitution einen Beweis für die Natur der Querel als einer qualificirten Erbschaftsklage hat finden wollen, so hat das keinen Grund. Freilich ist in ihr deutlich die Anschauung ausgeprägt, daß das inofficiosum dicere die Herausgabe der vom Beklagten besessenen Erbschaft vermitteln soll; allein dies wird genügend durch die oben wiederholt betonte regelmäßige Verknüpfung mit der Erbschaftsklage erklärt. Eben dieser Umstand mußte das im Schlußsatz erledigte Bedenken nahe legen, daß die bei letzterer Klage auf Seiten des Beklagten erforderliche Besitzqualität (Besitz pro herede oder pro possessore) dem Erbschaftsvermächtnißnehmer fehle [9]).

Weiter hängt mit dem erwähnten Verhältniß beider Klagen zu einander der Satz zusammen, daß der Querelkläger bei seinem Angriff auf das Testament den Erbtheil in Anspruch nimmt, (petit, vindicat), den er sich nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge zuschreibt. Zu den über diese Regel redenden Zeugnissen gehört auch l. 19 D. h. t. [10]). Indessen ist aus dieser Stelle der wichtige Satz zu entnehmen, daß über die Querel, auch wo sie neben der Erbschaftsklage angebracht war, gesondert und vor dem Urtheil über Letztere entschieden wurde. Da danach die Querel selbst bei jener Verbindung in nicht geringem Umfange von der Erbschaftsklage unabhängig blieb, so stellen wir die l. 19 cit. zu den Beweisen über die selbständige Natur des Anspruchs.

---

[9]) Näher besprochen wird l. 1 C. cit. bei Klenze S. 6 f., wo das „dicere velit" gepreßt, demnach Erhebung der Erbschaftsklage vor der Querel behauptet wird, — bei Hartmann S. 23, wo umgekehrt durch die Annahme einer Aufeinanderfolge erst der Querel und dann der Erbschaftsklage dem Inhalt des Rescripts Zwang angethan sein dürfte. Der Auslegung im Text verwandt ist die von Mühlenbruch 35 S. 356—358: nur wird dort die Streitfrage über die selbständige Natur der Querel nicht in's Auge gefaßt.

[10]) Außer l. 19 cit. sind hervorzuheben Ulp. l. 27 § 3 D. h. t.: — pro modo facultatium quae per inofficiosi testamenti accusationem *pro parte* ei *vindicabantur* —. Ulp. l. 8 § 8 D. eod.: — et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere —. Paul. l. 17 pr. D. h. t.: — ideo universam hereditatem non recte vindicasset —. Von letzterer Stelle wird im Text bei der Erörterung über l. 19 cit. geredet werden.

Ein letzter Beweisgrund für die regelmäßige Verbindung beider Klagen scheint in l. 7 § 1 D. de H. P. 5. 3 zu liegen, einer Stelle, in der man sogar ein directes Zeugniß dafür hat finden wollen, daß die Querel nur gegen den Besitzer der Erbschaft erhoben werden könne[11]). Im Eingang der l. 7 cit. ist von der Frage die Rede, wie der Streit über die aus einem Testament abgeleitete Freiheit eines Menschen, der ohne Zweifel Sclav des Erblassers gewesen, zu behandeln ist, wenn zugleich ein Angriff auf dasselbe Testament mit der Inofficiositätsquerel zu erwarten ist. Hier soll der Freiheitsproceß nach einem Senatsschluß und einem nachfolgenden Rescript Trajan's ausgesetzt werden. An diese Aeußerungen knüpft der § 1 an. Ulpian bemerkt mit Berufung auf ein Rescript von Pius, die Freiheitsprocesse seien nur dann auszusetzen, wenn über die Inofficiosität der Streit bereits befestigt sei oder doch ohne Aufschub befestigt werde; erfolge die Litiscontestation nicht, so erleiden jene Prozesse keinen Aufschub. Alles bisher Erwähnte soll näher im § 48 unter C. erwogen werden, namentlich ist dort eine abweichende Auslegung zu prüfen. Gegenwärtig haben für uns die Einzelheiten Interesse, die Ulpian im Fortgang der Stelle über jenes Rescript von Pius mittheilt. Licinnianus, ein Sclav des Erblassers, war von einem Sohne desselben, der sich gesetzliche Erbberechtigung zuschrieb und im Besitz der Erbschaft war, in servitutem vindicirt, der Beklagte aber hatte, um Aufschub des Streits zu gewinnen, den Präjudicialeinwand dahin erhoben: ihm selbst sei durch letzten Willen des Erblassers Erbschaft und Freiheit zugewendet, Kläger müsse deshalb zunächst das Testament mit der Querel anfechten; bis zu deren Erledigung aber sei der Freiheitsproceß auszusetzen. Pius hat entschieden:

— si quidem possessor esset hereditatis Licinnianus, facilius audiendum, quoniam esset hereditatis nomine judicium suscepturus et erat in arbitrio ejus, qui se dominum esse dicit, agere (adigere? Momms.) de inofficioso testamento judicium. nunc vero sub obtentu judicii de inofficioso testamento ab ipso Licinniano non suscepti per quinquennium non debere moram fieri servituti —.

---

[11]) So Francke, Comment. zum Pand.-Tit. de hered. pet. S. 122 a. E., ausgehend von der Auffassung der Querel als einer qualificirten Erbschaftsklage. Umgekehrt betont auf Grund derselben Auffassung Cujaz bei l. 7 § 1 cit. (VII. 217 a. E. 218), dem im Besitz des Vermögens befindlichen enterbten Sohne stehe die Querel nicht zu, weil dem Besitzer keine in rem actio gewährt werde.

Uebrigens soll, falls eine summarische Untersuchung zeigt, daß der Beklagte in gutem Glauben auf den Inofficiositätsstreit provocirt, noch eine mäßige Frist zu dessen Herbeiführung bewilligt werden; kommt es auch dann nicht zum Prozeß, so nimmt der Streit wegen der Freiheit seinen Fortgang.

Man wird nicht in Abrede stellen dürfen, daß hier das bestehende Besitzverhältniß in Ansehung der Erbschaft als maßgebend dafür behandelt wird, ob der Notherbe die Querel erheben kann. Dafür spricht deutlich die auf den eingesetzten Erben bezügliche Bemerkung „et erat in arbitrio ejus — adigere de inofficioso testamento judicium". Sagt das nicht durch Schluß vom Gegentheil: der Eingesetzte vermag von sich aus die Querel nicht anhängig zu machen, wenn er selbst und nicht der Licinnianus besitzt?

Demnach erscheint es gezwungen, wenn Hartmann[12]) auch dem besitzenden Notherben die Querel zugestehen und nur anerkennen will, daß im Fall der l. 7 cit. der Besitzer thatsächlich die Zeit her nicht gegen den Licinnianus hatte vorgehen können, weil dieser von seinem auf das Testament gestützten Erbanspruche nichts hatte verlauten lassen. Es wäre gewiß seltsam, wenn Ulpian diesen wichtigen Theil des Thatbestands völlig verschwiegen hätte. Aber muß man denn mit Francke (vergl. Anm. 11) aus der Entscheidung des Pius den Schluß ziehen, daß die Querel nur gegen den Besitzer der Erbschaft stattfindet? Nach Ulpian's Darstellung unterliegt es keinem Zweifel, daß der Notherbe sich im Besitz befand: eben mit Rücksicht hierauf hatte Licinnianus erklärt, susceptururn se de inofficioso testamento judicium et petiturum hereditatem. Darum ist aus l. 7 cit. nur zu entnehmen, daß der Pflichttheilsberechtigte, so lange er selbst im Besitz der Erbschaft ist, nicht selbständig zur Erzielung einer Vernichtung des Testaments gegen den Dritten vorgehen kann, der sich Erbberechtigung aus dem Testament zuschreibt[13]).

---

[12]) A. a. O. S. 21. — Dagegen halte ich es mit Hartmann für ausgemacht, daß in der Erwähnung der fünf Jahre, während deren es nicht zur Querel gekommen war, keine Hindeutung auf die Verjährung liegt: es war zufällig während eines so langen Zeitraums nicht auf die Erbschaft geklagt, damit auch die Frage nach der Gültigkeit des Testaments nicht angeregt.

[13]) Derselbe Gedanke tritt in den Schlußworten der weiter unten zu besprechenden l. 8 § 13 D. h. t. zu Tage. Uebereinstimmend auch Bas. 42. 1. 7 schol. 1. — Von den Vertheidigern der auch von uns verfochtenen Annahme einer selb-

Und dieser Satz beruht auf gutem Grunde. Der Notherbe befindet sich vermöge seines Besitzes in der Lage, die Erbschaftsklage des Testamentserben, bei der er die Vortheile der Beklagtenrolle genießt, abzuwarten: unter solchen Umständen mochte man es nicht gerechtfertigt finden, daß der Testamentserbe durch seine bloße Inanspruchnahme der Erbberechtigung die Querel auf sich ziehen sollte. — Immer reicht der angegebene Grundsatz nur so weit, als die Erbschaft sich wirklich beim Notherben befindet. Sind Theile derselben in den Händen von Dritten, z. B. von Vermächtnißnehmern, so ist damit die Nothwendigkeit gegeben, den Pflichttheilsberechtigten entweder zur Klage gegen diese Dritten oder zur Querel gegen den nichtbesitzenden eingesetzten Erben zuzulassen: daß aber hier im Sinn der letzteren Alternative zu entscheiden war, wird sich später ergeben.

Betrachten wir jetzt noch einmal die l. 7 cit. im Zusammenhang der Frage, welche uns zu ihrer Erörterung geführt hat, so fällt es in die Augen, daß die Stelle nicht einmal für die regelmäßige Verknüpfung der Querel mit der Erbschaftsklage Zeugniß ablegt. Wenn sie nur betont, daß der besitzende Notherbe keine Pflichttheilsklage gegen die nichtbesitzenden Testamentserben hat, so berührt sie die andere Frage überall nicht, ob bei dieser Klage Besitz des Beklagten eine wesentliche oder doch die regelmäßige Voraussetzung bildet.

Hiermit ist dasjenige Quellenmaterial erschöpft, auf das sich die Meinung stützen könnte, welche in der Querel lediglich eine qualificirte Erbschaftsklage sieht. Ein positiver Beweis für diese Ansicht hat sich nirgends erkennen lassen; zuzugeben ist nur, daß die Erbschaftsklage sich regelmäßig mit dem Anspruche auf Vernichtung des Testaments verbindet.

B. Ich betrachte nun die Gründe für die Annahme, daß die

ständigen Natur der Querel behaupten im Widerspruch mit dem Satz unsres Textes Hartmann S. 20 z. A. S. 21, Windscheid § 584 bei Anm. 15[a], auch der im Besitz der Erbschaft befindliche Pflichttheilsberechtigte könne (ohne einen gegen ihn gerichteten Angriff) mit der Anfechtungsklage gegen den Eingesetzten vorgehen. Dagegen nimmt Bekker an (Actionen I S. 282 Anm. 21 unter c., verglichen mit a.), daß gegen den Testamentserben, sofern er Nichtbesitzer sei, ein Zwang zur Uebernahme nicht stattfinde, bei freiwilliger Uebernahme des Eingesetzten scheint er die Klage für anwendbar zu halten. Ich vermag nicht zu erkennen, wie durch Uebereinkommen der Betheiligten eine wesentliche Bedingung der Querel sollte ersetzt werden können.

Querel ein selbständiges, von der hereditatis petitio verschiedenes Rechtsmittel ist. Das aus den Quellen zu entnehmende Material besteht theils aus einzelnen, für sich allein nicht zureichenden Aussprüchen, theils aus allgemeinen Beweisgründen. Vorweg von den einzelnen Zeugnissen der Quellen.

1. An die Spitze stelle ich die berühmte und bis auf den heutigen Tag in hohem Grade bestrittene l. 19 D. h. t. Die Stelle hat zwar, wie ich annehme, einen Fall im Auge, wo die Querel in Verbindung mit der Erbschaftsklage erhoben war, aber sie lehrt, wie bereits bemerkt wurde, daß erstere Klage selbst in dieser Verbindung schon nach classischem Recht in nicht geringem Maße ihre Selbständigkeit behauptete.

Ich theile den Text in zwei Theile: der erste spricht nach kurzer Angabe des die Erörterung veranlassenden Thatbestands die Ansicht des Paulus darüber aus, in welchem Umfange und mit welchem Erfolge der nach dem Gesetz zu einer Quote berufene Pflichttheilsberechtigte sich der mit der Erbschaftsklage verknüpften Querel zu bedienen hat, — der zweite erwägt den Fall, wo auf die Querel eines solchen Klägers mit Unrecht das ganze Testament rescindirt ist[14]).

Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit: haec de inofficioso egit et optinuit. quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit. respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset: itaque dici *potest* eam quae omissa est *etiam* (itaque dici *posse tentem*, eam quae omissa est?), si totam hereditatem ab intestato petat (et optineat del. *Windscheid*), solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem. sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso: praeterea dicendum est non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit: et ideo ab extraneo semissem vindicandum et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat; secundum quod non in totum testamentum infirmatur,

---

[14]) Von den Ausführungen über l. 19 cit. sind zu erwähnen *Cujac.* rec. in lib. 2 quaest. Pauli ad h. l. (V. 898—902). Francke S. 259—265. Mühlenbruch 35 S. 428—432 (wogegen unbedeutend Glück VII. 425 ff.). Hartmann S. 14—17. S. 18 a. E. S. 26. 27.

sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae judicium ultimum ejus damnetur. —

Zunächst einige Worte über den Text. Windscheid[15]), der mit Recht in den Worten „itaque dici potest" cet. nur einen Zweifels-, keinen Entscheidungsgrund sieht, schlägt vor, aus dem auf jene Weise eingeleiteten Satze das „et optineat" als Glossem auszuscheiden. Ich schließe mich dem an, trete auch der weiteren Annahme bei, daß der nämliche Satz noch an einer andern Stelle corrumpirt ist. Wenn es heißt: „itaque dici potest eam quae omissa est *etiam*, si" —, so hat das „etiam" keinen Sinn. Windscheid will lesen „quae omissa est *testamento*, si" —; vielleicht ist aber die Corruptel so zu erklären, daß hinter dem (übrigens gleichfalls zu ändernden) „potest" einige Buchstaben ausgefallen sind, und daß dies zur Bildung des um mehrere Worte hinausgerückten „etiam" Veranlassung gegeben hat. Wie im obigen Abdruck angedeutet ist, möchte der Text so herzustellen sein:

— itaque dici *posse tentem*, eam quae omissa est, si —.

Damit wird die Natur der Aeußerung als eines Zweifelsgrundes hervorgehoben, auch findet das „tentem" Unterstützung an den Basilikenscholien[16]): übrigens hat diese Aenderung begreiflich keinen Einfluß auf die Auslegung der l. 19 cit. — Die empfohlene Beseitigung des „et optineat" wird unten ihre Rechtfertigung finden.

In der Sache wird von neueren Schriftstellern angenommen[17]), daß Paulus, nachdem er im Eingang mit der Bemerkung „haec de inofficioso egit et optinuit" als Voraussetzung seiner Erörterung die endgültige richterliche Entscheidung des Streits über die selbständige Querel hingestellt habe, nicht vom Verfahren über diese, sondern von einer auf Grund jenes Richterspruchs eingeleite-

[15]) Pand. III § 584 Anm. 27.

[16]) In Bas. 39. 1. 15 schol. 1 umschreibt Stephanus den Inhalt der l. 19 cit. Nachdem er die Aeußerung wiedergegeben hat, daß die übergangene Tochter vindiciren müsse, was sie empfangen würde, wenn die Mutter ohne Testament verstorben wäre, fährt er fort: — *ταῦτα ὁ Παῦλος εἰπὼν καὶ τὸ κρατοῦν ἀποκρινάμενος πειρᾶται λοιπόν, ὡς ἐν ἐπιχειρήματι καὶ τὸ ἐναντίον ἐκ τοῦ ἐναντίου κατασκευάσαι λογισμοῦ. λέγει γάρ, ὡς ἡ πραετέριτος θυγάτηρ μέρος καταλύσασα τῆς διαθήκης μόνη τὴν πᾶσαν ἔχει κληρονομίαν κ. τ. λ.* Sollte nicht das *πειρᾶται* aus dem Digestentext in das Scholium gelangt sein?

[17]) Hartmann S. 14 f. Bekker S. 273 f. Anm. 3 unter III. Vergl. auch Keller, Civ.-Proc. § 16 bei Anm. 228 (2. Aufl.).

ten *hereditatis petitio* rede. Darauf sollen namentlich — so Hartmann S. 15 z. A. — die Worte gehen: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset. Ich vermag mich dieser Auffassung nicht anzuschließen. Vielmehr wird, wie ich zu zeigen hoffe, von Paulus eine processualische Behandlung vorausgesetzt, wonach die Vindication der Erbschaft gleichzeitig mit dem inofficiosum dicere oder auch noch vor diesem vor sich ging, dann aber die Querel allein zur Spruchfällung gelangte, während man die Entscheidung über die Erbschaftsklage aussetzte[18]).

Betrachten wir zunächst zur Widerlegung der erwähnten abweichenden Auffassung den Gedankengang in dem oben abgedruckten Theile des Fragments. Wenn der Jurist an die sehr unbestimmt lautende Angabe, die übergangene Tochter habe de inofficioso geklagt und gesiegt, die Frage anknüpft, wie der eingesetzten Tochter zu helfen sei, so ist das nur von der Unterstellung aus begreiflich, daß die Querel auch gegen diese Tochter, welche gleich dem Extraneus auf Grund des Testaments angetreten hatte, gerichtet gewesen war. Indessen fehlt jede nähere Angabe über die Klage wie über das Urtheil, und dies erklärt es, daß Paulus in erster Linie nicht auf jene Frage nach dem der eingesetzten Tochter gegenüber dem Urtheil auf die Querel zu gewährenden Schutze, sondern auf die Untersuchung eingeht, wie die übergangene Tochter vernünftiger Weise ihre Querel einzurichten hatte. Eben das spricht jener Satz aus: filia praeterita id vindicare debet cet. Denn die ganze Entwicklung zeigt, daß die Worte im Sinne einer erst anzustellenden Querel zu nehmen sind, — freilich einer Querel, die wie gewöhnlich mit der Erbschaftsklage verbunden war. Ich will die betreffenden Auseinandersetzungen des Juristen hier umschreiben:

„In Anknüpfung an den Satz, es sei der gesetzliche Erbtheil zu vindiciren, möchte man meinen (itaque dici posse tentem —), die Präterirte könne, indem sie das ganze Vermögen kraft gesetzlicher

[18]) Es ist das Verdienst von Bekker (Actionen I S. 279 ff.), daß er diese processualische Behandlung der im Legisactionenproceß in Verbindung mit der hereditatis vindicatio verhandelten Querel zuerst in's Klare gestellt hat; einzelne Punkte, bei denen ich abweichen möchte, werden im § 48 zur Sprache kommen. Wenn Bekker die l. 19 h. t. nicht vom Standpunkt jener Auffassung aus zu erklären versucht hat, so liegt dies wohl nur daran, daß er in der Stelle von vorn herein ein Zeugniß für das gesonderte Vorkommen der Querel gesehen hat.

Erbberechtigung in Anspruch nehme, sich das Ganze verschaffen, als ob ihre Schwester die gesetzliche Erbfolge ausgeschlagen habe[19]). Allein aus doppeltem Grunde ist dieser Gedanke zu verwerfen. Einmal darf die Uebergangene gegenüber der Schwester (die doch gleichfalls Notherbin ist) mit der Klage wegen pflichtwidrigen Testaments nicht gehört werden. Sodann ist es aber auch nicht wahr, daß in der Annahme der testamentarischen Erbfolge ein Ausschlagen der gesetzlichen läge[20]). Aus dem Einen wie Andern ergibt sich, daß die Präterirte gegen den eingesetzten Extraneus zu klagen und diesem die Hälfte der Erbschaft abzufordern hat (die ganze ihr gebührende Hälfte, nach den Grundsätzen bei der Erbschaftsklage des Theilerben[21]). Demnach wird das Testament nicht im vollen Umfange entkräftet, vielmehr tritt trotz des color insaniae nur zu einem Theile gesetzliche Erbfolge ein."

Ich wiederhole: nach dem ganzen Zusammenhange dieser Ausführung bezieht sich der an die Spitze gestellte Ausspruch: filia praeterita id vindicare debet cet. bestimmt auf die Querel. Denn nur von dieser handeln die zwei folgenden mit jenem Ausspruch in engster Verbindung stehenden Sätze:

a. das itaque dici potest (dici posse tentem), — *si totam hereditatem ab intestato petat* —, solam habituram universam successionem,

wie dies die darauf zurückweisende Bemerkung lehrt:

sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur *agendo de inofficioso*;

b. der Satz: et ideo ab extraneo *semissem* vindicandum —.

Das zeigt die daraus gezogene, ohne Zweifel auf die Querel bezügliche Folgerung:

---

[19]) Daß die Römer nicht ohne Weiteres die Frage als müßig ansahen, ob nicht in der Antretung auf Grund des Testaments ein Ausschlagen der gesetzlichen Erbfolge liege, beweist die l. 97 D. de A. v. O. H. 29. 2. (Hartmann S. 16 a. E.). Freilich hat Paulus die Frage verneint, l. 8 D. de H. P. 5. 3. Vergl. noch Pompon. l. 77 D. de A. v. O. H. 29. 2.

[20]) Die Worte „praeterea dicendum est non esse similem *omittenti* cet." wollen offenbar nur die Auffassung zurückweisen, welche kurz zuvor die Wendung „quemadmodum si altera *omisisset* legitimam hereditatem" angedeutet hatten. Dies scheint Hartmann S. 16 übersehen zu haben.

[21]) l. 1 § 3 D. si pars 5. 4. l. 8 D. de R. V. 6. 1. Uebereinstimmend die Behandlung der bon. poss. contra tabulas des Patrons, l. 10. l. 34 D. de bon. libert. 38. 2. Dazu Schmidt, Pflichtth.-R. S. 90 Anm. 156.

secundum quod *non in totum testamentum infirmatur*, *sed pro parte intestata efficitur* —.

Diese beiden Sätze sind überdies inhaltlich und selbst dem Ausdruck nach mit dem erwähnten streitigen Ausspruche (filia praeterita id vindicare debet cet.) völlig gleichartig: wie sie, ist also auch dieser auf die Pflichttheilsklage zu beziehen.

Einen nicht geringen weiteren Beweis für die Richtigkeit dieser Auslegung entnehme ich der l. 17 pr. D. eod., einer Stelle, die ausweislich der Inscription (Paul. lib. II. quaestion.) ursprünglich mit l. 19 cit. ein Ganzes gebildet hat. Paulus stellt hier den Satz an die Spitze, daß der Notherbe, der in der Absicht zu verzichten die Querel nicht erhebt, beim Anspruch des Mitpflichttheilsberechtigten nicht mitgezählt wird[22]). Hätte nun ein solcher Mitberechtigter die Aufhebung des ganzen Testaments erwirkt, so hätte er die ganze Erbschaft formell mit Unrecht in Anspruch genommen (universam hereditatem non recte vindicasset), da ja in Folge jener Aufhebung auch der Andere (der Verzichtende) zur gesetzlichen Erbfolge gelangte. Trotzdem soll sich der Notherbe, welcher geklagt hat, auf die für ihn ergangene rechtskräftige Entscheidung berufen können[23]).

Uns interessirt hier nur das „universam hereditatem non recte vindicasset". Dies geht entschieden, wie der Hinweis auf das rechtskräftige Erkenntniß lehrt, auf die mit der Querel verbundene, nicht auf eine dieser nachfolgende Vindication der Erbschaft. Kann nun wohl Paulus wenige Zeilen weiter — im Eingang der l. 19 cit. — ein andres Verhältniß im Sinne gehabt haben, wenn er sagt: filia praeterita *id vindicare debet*, *quod intestata matre habitura esset?*

Ich komme zum zweiten Theil der Stelle. Hat die Erörterung des ersten Theils zu dem Ergebniß geführt, daß der Jurist eine in Verbindung mit der Vindication der Erbschaft eingebrachte Querel im Auge hat, so zeigt der zweite, daß noch zur Zeit des Paulus der Ausspruch über die Querel vor der Entscheidung über die Erbschaftsklage erging. Die Worte sind:

— ceterum si quis putaverit filia optinente totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire

---

[22]) Die Stelle wird bei der Anwachsung im Pflichttheilsrecht nochmals besprochen werden. Vergl. einstweilen Bas. 39. 1. 14 schol. 1. Francke S. 258 f. S. 271. Hartmann S. 18.

[23]) Gegen den Testamentserben. Vergl. Hartmann a. a. O.

hereditatem: nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri — [24]). ex quibus apparet non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam institutae salvum jus sit adeundae hereditatis.

Diese Ausführungen haben Hartmann (S. 15 f.) zu der Annahme veranlaßt, daß Paulus im Widerstreit mit dem Princip der Rechtskraft dem Spruch auf die Querel insoweit, als diese sich gegen die eingesetzte Tochter gewendet hatte, die Kraft versage, das Testament aufzuheben. Allein zur Annahme einer solchen höchst auffälligen Entscheidung sind wir nicht veranlaßt. Allerdings wendet sich Paulus jetzt zu dem in den ersten Worten der l. 19 angedeuteten Rechtsfalle, wonach die Querel den in der ersten Hälfte der Stelle ausgeführten Grundsätzen entgegen nicht allein wider den Extraneus, sondern zugleich wider jene Tochter eingeleitet war. Allein er betrachtet diesen Fall in der Lage, wo vorerst nur über die Querel erkannt ist, während über die zugleich mit derselben als *legis actio* verhandelte Erbschaftsklage die Entscheidung noch aussteht. Nimmt man nun an, so wird bemerkt, daß (auf die ungehörig angebrachte Querel) das Testament in seinem ganzen Umfange vernichtet werde, so muß man zugestehen, daß nun auch die eingesetzte Tochter kraft ihrer gesetzlichen Erbberechtigung, bezüglich deren ein Ausschlagen überall nicht vorliegt, antreten kann. Und eben da nach Beseitigung des Testaments auch jene Tochter erwerben kann, so ergibt sich, daß die präterirte Tochter mit Unrecht die ganze Erbschaft vindicirt hat.

[24]) Nur in losem Zusammenhange mit der Deduction des Juristen stehen die im Text ausgelassenen Worte: — cum et hi qui sciant jus suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant. quod evenit in patrono, qui judicium defuncti falsa opinione motus amplexus est: is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Paulus will hervorheben, daß man unter Umständen selbst bei voller Kenntniß davon, daß sich zwei einander ausschließende Erwerbsmöglichkeiten darbieten, durch die Entscheidung für die eine die andre nicht nothwendig verscherzt. Er verweist auf den Patron, der sich die ihm im Testament des Freigelassenen ausgesetzte Zuwendung als Abfindung für den Pflichttheil hat genügen lassen wollen. Wenn sich hier in der Folge ergibt, daß die Abfindung dem Patron weniger, als erwartet werden konnte, oder gar nichts gewährt hat, so ist demselben die Thatsache des Verzichts auf die bon. poss. contra tabulas nicht entgegenzuhalten: l. 8 pr. § 1. l. 46 D. de bon. libert. 38. 2. Mühlenbruch 35 S. 431 Anm. 84. Schmidt a. a. O. S. 56 f. Anm. 67.

Die vom Juristen nicht ausgesprochene Consequenz ist, daß die Centumvirn noch immer die Erbschaftsklage wegen Zuvielforderung völlig abweisen mußten[25].

Es leuchtet jetzt von selbst ein, warum wir oben (S. 405) bei dem „si totam hereditatem petat“ das in der Florentiner Handschrift hinzugefügte „et optineat“ mit Windscheid als Glossem zurückgewiesen haben[26]. Paulus nimmt in dem soeben besprochenen zweiten Theile die im ersten gemachte Aeußerung zurück, daß die präterirte Tochter sich die ganze Erbschaft verschaffen könne, indem sie ihrer Vindication diesen Umfang gebe. Was er aber dabei über den Verlauf äußert, den die Vindication zu nehmen hat, selbst wo auf die Querel das Testament vollständig beseitigt ist, läßt sich wie gezeigt nur aus einer Lage des Streits erklären, bei welcher nur erst über das Testament, nicht auch über die Erbschaft ein Erkenntniß ergangen ist.

Ergebniß der Betrachtung der l. 19 D. cit. ist dies: die Stelle beweist zwar nicht das gesonderte Vorkommen der Querel, aber sie zeigt, daß Letztere auch bei der Verbindung mit der Erbschaftsklage als selbständiger Anspruch behandelt wurde.

2. Für eine bestimmte, freilich eng bemessene Anwendung liegt das selbständige Auftreten der Querel deutlich in den Quellen zu Tage. Zunächst spricht dafür die unter A. (S. 401 ff.) behandelte l. 7 § 1 D. de H. P. 5. 3. Wie schon bemerkt wurde, soll nach Pius der im Besitz der Erbschaft befindliche Pflichttheilsberechtigte nicht angriffsweise mit der Querel gegen den auf das Testament gestützten nicht besitzenden Erbprätendenten (den Licinnianus) vorgehen können. Dabei wird dann angedeutet, daß umgekehrt dieser Testamentserbe die Frage der Inofficiosität sehr wohl wenigstens mittelbar zum Austrag bringen könne. Der einzuschlagende Weg ist dieser: der Testamentserbe greift den besitzenden gesetzlichen Erben mit der Erbschaftsklage an, der Beklagte aber tritt dem Anspruche mit dem Antrage auf Beseitigung des Testaments entgegen[27]. Ganz in dieser Weise beschreibt das Verfahren Ulp. l. 8 § 13 D. h. t.

---

[25]) Vergl. Hartmann S. 17 Anm. 2.

[26]) Wie Stephanus gelesen hat (vergl. das oben Anm. 16 erwähnte Scholium), ist wegen des *μέρος καταλύσασα τῆς διαθήκης* sehr fraglich.

[27]) Vergl. *Cujac.* rec. in Dig. V. 3 l. 7 (VII. 217 f.). *Schulting* not. ad Dig. ad h. l.

Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, *filius vero in modum contradictionis querellam inducat*, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.

Noch heutzutage spricht man dabei vielfach von exceptivischer Geltendmachung der Querel[28]): die Auffassung der Quellen ist das, wie schon von andrer Seite hervorgehoben worden ist, gewiß nicht[29]). Weder die Zuweisung an den Einzelgeschwornen noch die damit gegebene Beschränkung der Rechtskraft auf die Parteien und den im Streit befangenen einzelnen Gegenstand entspricht dem Wesen der Querel; vielmehr liegt ein Gegenangriff des Beklagten vor, über den gewiß wie bei der gewöhnlichen Querel die Centumvirn erkannten, und dessen Anerkennung im Urtheil das Testament völlig vernichtete.

Uebrigens liegt es auf der Hand, daß diese scharf begrenzte Anwendung, bei welcher zudem der nächste Zweck die Beseitigung des vom Testamentserben ausgehenden Angriffs bleibt, für sich allein einen Schluß auf eine weitere Verwendung der selbständigen Querel nicht würde begründen können.

3. Für eine größere Ausdehnung sprechen zwei freilich nicht völlig beweistüchtige Stellen.

Nach l. 20 D. h. t. soll ein Kind des Erblassers, welches sich auf die Querel angewiesen sieht, zur Carboniana bon. possessio nicht zugelassen werden, wenngleich seine Kindeseigenschaft bestritten ist.

Der Grund lautet:

— totiens enim ea indulgenda est (sc. Carboniana bon. possessio), quotiens, si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor, ut interim et possideat et alatur et *actionibus praejudicium non patiatur:* qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet *nec aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere* —.

Scävola spricht jenem Descendenten alle (persönlichen) actiones ab, ebenso alle (dinglichen) petitiones mit Ausnahme der Erbschaftsklage: hat er nicht damit letzteren Anspruch als einen von der Que-

[28]) Vergl. Francke, Commentar S. 123 z. A. Fitting, das castrense peculium S. 233.

[29]) Brinz II S. 838. Hartmann S. 19. Uebereinstimmend wohl auch Windscheid III § 584, Text bei Anm. 15ᵃ.

rel verschiedenen bezeichnet? Eine erhebliche Wahrscheinlichkeit spricht jedenfalls dafür: der Jurist hätte sich schwerlich der umständlichen Schlußbemerkung bedient, wenn er jedes Rechtsmittel außer der Querel versagen wollte. Trotzdem ist volle Gewißheit über die Frage nicht zu gewinnen; man kann auch übersetzen: der Querelberechtigte kann keine andere Klage erheben, als eben die Erbschaftsklage, die zugleich als Mittel zur Anfechtung des Testaments dient[30]).

In den rec. sententiae des Paulus — IV. 5 § 4 — findet sich die folgende abgerissene Aeußerung[31]):

Qui inofficiosum dicere potest, hereditatem petere non prohibetur.

Unter den mannigfachen Auslegungsversuchen[32]) sind zwei hervorzuheben. Nach Klenze und Arndts soll Paulus sagen, neben der Querel gegen den Testamentserben könne sogleich die Erbschaftsklage gegen einen dritten Besitzer erhoben werden, doch bleibe deren Entscheidung ausgesetzt. Huschke und Hartmann finden in der Stelle den Ausspruch, der Pflichttheilserbe könne bei vorliegender Möglichkeit, das Testament nicht allein als pflichtwidrig, sondern auch etwa mit der Behauptung seiner Ruption oder sonstiger Ungültigkeit anzufechten, zwischen der Querel und der den letzteren Ungültigkeitsgründen entsprechenden Klage wählen[33]). Indessen muß die erste Ansicht das Vorhandensein eines dritten zu belangenden Besitzers, die zweite das eines weiteren Klaggrundes in den knappen Ausspruch des Paulus hineintragen. Einfacher scheint mir die folgende Auffassung. An sich hat der Querelberechtigte noch keine gegenwärtige Erbberechtigung, da die gesetzliche Erbfolge erst mit der Beseitigung des Testaments deferirt wird. Allein indem dem Testament der Anstrich eines im Wahnsinn errichteten letzten Willens gegeben wird, hat es das Recht möglich gemacht, daß gleichzeitig mit der Querel der Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft eingebracht wird.

Nach der ersten wie dritten der hier vorgetragenen Auffassungen

---

[30]) In der That haben sich beide Parteien gleichmäßig auf die l. 20 cit. berufen. Vergl. z. B. *Donellus*, comment. de jure civ. lib. 19 c. 3 n. 3. Glück VII S. 360 bei Anm. 1, — anderseits Accurs. glo. exercere ad h. l. *Klenze* a. a. O. S. 5 f.

[31]) Zu der Stelle namentlich Klenze S. 7 f. Hartmann S. 12 f. Bei Beiden weitere Litteratur.

[32]) Uebersicht und Nachweise bei Hartmann a. a. O.

[33]) Vergl. dazu l. 8 § 12 D. de inoff. 5. 2. l. 14 C. eod. 3. 28.

besitzen wir in der Stelle ein Beweismittel für die behauptete selbständige Natur der Querel; weit weniger kann sich die zweite — wie es bei Hartmann geschieht — auf sie berufen. — Immer vermag diese Sentenz nicht vollständig zu überzeugen: es gilt von nicht wenigen abgerissenen Aeußerungen der Quellen von der Art der vorliegenden, daß sie eine sichere Bestimmung der Meinung ihrer Verfasser nicht ermöglichen.

4. Mehrfach wird auch l. 6 § 1 D. h. t. hierher gezogen[34]). Ulpian bespricht den Fall, wo ein nicht zur gesetzlichen Erbfolge Berufener zufällig mit der Querel die Aufhebung des ganzen Testaments durchgesetzt hat: hier gereicht die Entscheidung, da Intestaterbfolge eintritt, nicht dem Sieger, sondern dem gesetzlichen Erben zum Nutzen. Nach den Worten der Stelle besteht allerdings die Möglichkeit, daß der Jurist auch an Fälle dachte, in welchen nur erst das Testament vernichtet, nicht auch schon die Erbschaft den Testamentserben abgefordert ist. Allein wenn man so interpretirt, so gewinnt man nicht eigentlich der Stelle ein Argument für die diesseitige Ansicht ab, sondern man trägt eher die Entscheidung der Controverse in die Worte des Juristen hinein.

Auf die jetzt besprochenen Fragmente beschränken sich die äußeren Zeugnisse für unsern Satz; dieselben gewähren keinen vollen Beweis, sie finden aber ihre Ergänzung in einzelnen allgemeineren Gründen, die ich hier vorlege:

5. Von Bedeutung ist schon der **Sprachgebrauch** der Römer: in einer ganzen Reihe auf die Querel bezüglicher Wendungen ist mit voller Deutlichkeit die Erfassung der Klage als eines Rechtsmittels ausgeprägt, dessen Aufgabe lediglich **die Aufhebung des Testaments auf Grund festgestellter Lieblosigkeit** ist. Dahin gehört, daß das Verfahren über die Querel ein judicium de testamento[35]), ein de testamento cognoscere heißt[36]), der Spruch ein pronuntiare secundum oder contra testamentum[37]), ein judicium

---

[34]) So bei **Hartmann** S. 17 f. **Windscheid** III § 584 Anm. 13.

[35]) l. 7 § 1. 2 D. de H. P. 5. 3. Vergl. auch l. 14 pr. D. de appell. 49. 1: — perlusorio judicio actum — adversus testamentum —.

[36]) l. 7 pr. D. de H. P. 5. 3. l. 14 pr. D. de appell. 49. 1.

[37]) l. 8 § 16. l. 22 § 1. l. 29 pr. D. h. t. Vergl. dazu l. 26 D. eod. l. 4 C. eod. (inofficiosum testamentum pronuntiare), — l. 17 § 1 h.: — contra testamentum ut inofficiosum judicatur —. l. 10 pr. D. h. t. — contra testamentum, — secundum id sententiam dare.

ultimum damnare[38]); der Kläger bringt eine accusatio testamenti an[39]), sein Antrag ist ein arguere testamentum[40]), und wie bei der accusatio wird von einem inofficiosam querellam deferre[41]), bei Durchsetzung der Querel von einem perferre quaestionem oder actionem inofficiosi testamenti gesprochen[42]), endlich der Widerspruch des Testamentserben heißt defendere tabulas testamenti[43]).

Jedenfalls zeigen alle diese Ausdrücke, daß die römische Welt mit voller Schärfe die eigenthümliche Aufgabe der Querel erfaßt hatte: sollte man dennoch den Schritt unterlassen haben, sie auch in einer lediglich dieser Aufgabe dienenden Gestalt praktisch zu verwerthen?

6. Wichtiger, ja durchschlagend ist der aus dem Beginn der Verjährungsfrist abzuleitende Beweisgrund: Justinian spricht sich in zwei Constitutionen dahin aus, daß die fünfjährige Frist vom Erbschaftsantritt des Testamentserben laufen soll[44]). Wäre die Querel wesentlich Klage auf Herausgabe der Erbschaft, so könnte die Verjährung erst von der Besitzergreifung an gerechnet werden. Wie wenig aber an diesen Zeitpunkt gedacht wurde, zeigt die in l. 36 § 2 C. h. t. enthaltene Nachricht von einem Streit der römischen Juristen über diese Frage. Danach vertrat Ulpian die von Justinian gebilligte Ansicht, während Modestin die Verjährung schon mit dem Tode des Erblassers beginnen lassen wollte: von einer dritten Meinung, welche den Zeitpunkt der Besitzergreifung betont hätte, ist überall nicht die Rede.

7. Nach den bisher zusammengestellten Beweisen kommen die Quellen der Annahme einer selbständigen Natur der Querel, vermöge deren diese völlig von der Erbschaftsklage gesondert und lediglich auf die Beseitigung des letzten Willens gestellt werden kann, ohne Frage entgegen. Es ist nun noch auszuführen, daß in der That das Bedürfniß eines solchen Rechtsmittels besteht: zu dem Ende sind hier kurz die Ergebnisse der im § 48 anzustellenden Untersuchung vor-

[38]) l. 19 D. h. t.

[39]) l. 6 § 2. l. 7. l. 17 pr. l. 22 pr. § 1. l. 27 pr. l. 29 § 2. l. 31 pr. § 3. l. 32 pr. § 1 D. h. t. l. 8 § 1. l. 11 C. eod. l. 1. 2 C. Greg. eod. (Haen. c. 14. 15).

[40]) l. 28. l. 31 § 2 D. h. t. Paul. IV. 5 § 3. Quintil. declam. 264.

[41]) l. 14 C. h. t. Vergl. Val. Max. VII. 7. 5.

[42]) l. 16 § 1 D. h. t. l. 76 pr. D. de legat. II° (31). Vergl. Demelius, Unters. S. 33 ff.

[43]) Valer. Max. VII. 7. 2.

[44]) l. 34 in f. l. 36 § 2 C. h. t. 3. 28.

wegzunehmen. Dort ist zu zeigen, (a.) daß die Inofficiosität nicht nur gegen Erbschaftsbesitzer ohne testamentarische Erbberechtigung, sondern auch gegen Vermächtnißnehmer geltend gemacht werden kann. — Ferner ist anzuerkennen, (b.) daß gegen die genannten Erbschaftsbesitzer oder doch gegen Vermächtnißnehmer vorerst eine lediglich auf theilweise Vernichtung des letzten Willens abzielende Querel eingebracht werden kann, so daß nach Durchführung dieses Rechtsstreits auf die beim Beklagten befindlichen Theile der Erbschaft gesondert geklagt wird. (Vergl. § 48 unter I a.) — Indessen ist die Klage unter a. und b. zu versagen, wenn die gegenwärtige Möglichkeit besteht, die Querel gegen den Testamentserben anzustellen: es ist hier geboten, (c.) daß dieser Erbe belangt werde, wenngleich er nicht im Besitz ist. Eine solche Klage aber hat lediglich die Aufgabe, einen auf Aufhebung des Testaments lautenden Spruch herbeizuführen.

Demnach begegnet eine von der Erbschaftsklage getrennte Querel unter a. bei den Vermächtnißnehmern, ebenso unter b. und c. Die beiden ersten Fälle — a und b — bespreche ich im § 48, die Bedeutung des Falls c — Querel gegen den nicht besitzenden eingesetzten Erben — ist schon jetzt darzulegen.

Unverkennbar entspricht die Klage gegen den Testamentserben den Interessen des Notherben weit eher, als eine Querel gegen dritte vermeintlich Berechtigte, welche sich nicht auf das Testament berufen. Schon im § 46 bei Anm. 25 ist bemerkt, daß der im Testament Eingesetzte, oder wer rechtlich an dessen Stelle getreten ist, allein zur Vertheidigung des Testaments berufen und geeignet ist. An diesen Satz knüpft sich eine wichtige Unterscheidung. Das Urtheil auf die Querel reicht in seinen Wirkungen über die regelmäßigen Grenzen der Rechtskraft hinaus: in Folge der Rescission des Testaments fallen auch die durch die Erbeseinsetzung bedingten Nebenverfügungen zusammen, insbesondere die Vermächtnisse und Freiheitsertheilungen; indem ferner der Notherbe das Vermögen als gesetzlicher Erbe erwirbt, tritt er mit Ausschluß des Testamentserben in alle erbschaftlichen Forderungen wie Schulden ein[45]. Endlich ist auch der Satz

[45]) Arg. l. 17 § 1 D. h. t. Cum contra testamentum ut inofficiosum judicatur, *testamenti factionem habuisse defunctus non creditur;* non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem judicatum sit: hoc enim casu *non creditur jus* ex sententia judicis *fieri:* et ideo libertates competunt et legata praestantur. Vergl. auch l. 14 pr. D. de appell. 49. 1.

in seine Consequenzen verfolgt, daß das auf Aufhebung des Testaments lautende Urtheil die gesetzliche Erbfolge begründet: danach sollen die nächsten Intestaterben sich auf das von einem Nichtberechtigten gegen das Testament erstrittene Erkenntniß berufen können[46]). Eine so ausgedehnte Wirksamkeit kommt indessen der Querel nur zu, wenn diese gegen den Testamentserben gerichtet ist, — also z. B. nicht bei der Belangung eines Erbschaftsbesitzers, dem der letzte Wille des Erblassers nicht zur Seite steht[47]).

Dieser Satz soll unter Anknüpfung an die l. 7 pr. § 1 D. de H. P. 5. 3 im § 48 ausgeführt werden; schon jetzt aber ist hervorzuheben, daß wir für denselben eine treffende Analogie in den Statusklagen besitzen[48]). Sowohl beim Streit über Freiheit und Ingenuität wie bei dem andern über den durch ein Familienverhältniß bedingten Stand reicht die Rechtskraft des Erkenntnisses über die Parteien hinaus, sofern der Gegner des in seiner Rechtsfähigkeit Angegriffenen ein *justus contradictor* war (der Herr oder Patron, — der Inhaber der väterlichen Gewalt): das Urtheil wirkt hier auch für und gegen Dritte, welche untergeordnete, von dem streitig gewesenen Standesverhältniß abhängige Rechte geltend zu machen haben[49]). Darum heißt es, ähnlich wie bei der Querel (Anm. 45): res judicata pro veritate accipitur, jus facit[50]); nur solchen Personen, welche gleiches Recht mit dem früheren Proceßgegner in Anspruch nehmen, steht das Erkenntniß nicht entgegen[51]). — Während aber bei den beiden zuerstgenannten Statusverhältnissen nur der Herr oder Patron als

---

Wegen der Wirkungen einstweilen l. 8 § 16. l. 28 D. h. t. 5. 2. l. 36 D. de legat. III° (32); l. 8 § 16 cit. l. 15 § 2 D. h. t.; l. 21 § 2 D. eod.

[46]) l. 6 § 1 D. h. t. Vergl. auch l. 19 D. eod.

[47]) Ein weiterer Fall der beschränkten Wirkung des Urtheils ist dieser: Ist das gegen den Testamentserben ergangene Erkenntniß ein Contumacialurtheil, so thut dasselbe den Rechten der Vermächtnißnehmer wie der im Testament Freigelassenen keinen Eintrag: l. 17 § 1. l. 18 D. h. t. l. 14 § 1 D. de appell. 49. 1. — Vergl. § 50, Text bei Anm. 22 und 23.

[48]) Vergl. zum Folgenden die Darstellung bei Bethmann-Hollweg, röm. Civ.-Proc. II S. 330—343. S. 652 unter 3.

[49]) Vergl. z. B. l. 24 § 4 D. de liber. causa 40. 12. l. 3. 5 C. de ord. cognit. 7. 19; l. 3 C. de ingen. man. 7. 14; l. 1 § 16 — l. 3 pr. D. de agnosc. lib. 25. 3.

[50]) l. 25 D. de statu hom. 1. 5. l. 3 pr. D. de agnosc. lib. 25. 3.

[51]) l. 9 pr. § 1. l. 42 D. de liber. caus. 40. 12; l. 1. l. 5 D, si ingen. esse dic. 40. 14.

Proceßgegner zugelassen wird, ist der Streit über den status familiae nicht an den Gewalthaber gebunden: er kann auch von sonstigen Personen anhängig gemacht werden, welche ein Interesse an der Anfechtung jenes Rechtszustandes haben [52]). Hier jedoch wirkt die Rechtskraft des Erkenntnisses nur unter den Parteien.

Haben wir nach allem Diesem zu behaupten, daß die Querel gegen den Testamentserben ohne Rücksicht auf dessen Besitz ertheilt wird, so ist zu wiederholen, daß in dieser Anwendung die Klage nur Aufhebung des Testaments bezweckt, damit die am Schluß des § 46 dargelegte Natur einer civilen Restitution gegen das Testament und die auf Grund desselben eingetretene Erbfolge rein zum Ausdruck bringt. Zwar hat man auch hier dem durch das Testament Berufenen mit Rücksicht auf die zum Nachlaß gehörigen Klagen einen Erbschaftsbesitz beizulegen versucht; aber diese Ansicht hat ihre Zurückweisung durch die Gegenbemerkung gefunden, daß mit dem rechtskräftigen Spruch auf die Querel jene Klagen ohne Weiteres in der Person des Testamentserben hinfällig werden und in der Person des Notherben zur Entstehung kommen. Dieselben sind danach unmöglich ein geeigneter Gegenstand für eine qualificirte Erbschaftsklage, wie man solche in der Querel finden will [53]).

Eingeschränkt wird der hier unter 7 aufgestellte Satz, daß die Querel auch gegen den nicht besitzenden eingesetzten Erben ertheilt wird, durch die andre oben unter A in Anknüpfung an die l. 7 § 1 D. de H. P. 5. 3 entwickelte Regel, daß dem besitzenden Notherben, soweit sein Besitz reicht, keine Klage gegen den nicht im Besitz befindlichen Testamentserben zusteht.

§ 48.

Fortsetzung. **(Querel gegen solche Besitzer von Theilen der Erbschaft, die nicht Testamentserben zu sein behaupten. — Querel bei Ausschließung aus Irrthum).**

I. Gibt es eine Querel des Notherben gegen einen Erbschaftsbesitzer, der sich testamentarische Erbberechtigung nicht beilegt, — ferner gegen Vermächtnißnehmer und sonstige Personen, die zwar aus dem Testament, aber nicht ver-

---

[52]) l. 1 § 7. 10. l. 3 § 7. 11 D. de Carbon. edict. 37. 10. l. 2 C. de ord. cognit. 3. 8.

[53]) Vergl. einers. Mühlenbruch 35 S. 361 Anm. 39, — anders. Arndts II S. 579 Anm. 95. Hartmann S. 10.

möge einer Erbeseinsetzung berechtigt zu sein behaupten? Die Stellung, die wir der Frage gegenüber einnehmen, wurde schon gegen das Ende von § 47 angedeutet. Als Regel muß gelten, wegen der in der Querel ausgeprägten, auf die Beseitigung des letzten Willens gerichteten Zweckbestimmung, daß der Anspruch gegen die Testamentserben, als die naturgemäß zur Vertheidigung des Testaments berufenen Personen, erhoben wird. Indessen ist leicht zu erkennen, daß damit dem Interesse des Notherben nicht in allen Fällen Genüge geschieht. Zwar den Fall darf man nicht hieher zählen, wo der Testamentserbe die Antretung verzögert; hier sind die durch l. 36 § 2 C. h. t. begründeten Maßregeln zu ergreifen, um eine Erklärung des Erben über den Erwerb herbeizuführen. Anders aber ist es, wenn derselbe nach der Antretung, damit in der Zeit nach entstandener Querel, ohne Erben verstirbt, sein Nachlaß auch vom Fiscus nicht erworben wird. Daß es in einem solchen Falle und in ähnlichen Fällen einer Unmöglichkeit, den Querelstreit gegenüber dem Testamentserben zum Austrag zu bringen, dem Notherben dringend erwünscht sein muß, die im Eingang genannten dritten Personen unmittelbar angreifen zu können, fällt in die Augen. Wollte er aber mit der gewöhnlichen Erbschaftsklage vorgehen, so würde seine Berufung auf gesetzliche Erbberechtigung der Gegenbehauptung des Beklagten begegnen, daß ein Anderer zufolge Testaments des Erblassers Erbe geworden sei: es muß ihm daher, soll dem dargelegten Bedürfniß entsprochen werden, auch in dieser Anwendung ein Rechtsmittel zur Verfügung gestellt werden, welches das Testament als pflichtwidrig angreift und in Verbindung damit seiner Erbberechtigung, soweit es sich um die dem Dritten abzufordernden Vermögensstücke handelt, Wirksamkeit verleiht. Das ist nichts Anderes, als eine besondere Anwendung der Querel: dieser aber stellt sich das Bedenken entgegen, daß gegenüber einem Beklagten, wie wir ihn voraussetzen, keine Aufhebung des Testaments im Ganzen erzielt werden kann: nur bezüglich der geforderten Gegenstände und etwa — bei Vermächtnissen und Freiheitsertheilungen — der zu Gunsten dieses Beklagten getroffenen letztwilligen Verfügung läßt sich eine Beseitigung des letzten Willens denken.

Dieser ihrer Beschränktheit ungeachtet muß die Klage für zulässig erachtet werden: es ist von vorn herein nicht glaublich, daß das Recht den Notherben trotz des entschieden für ihn sprechenden Be-

dürfnisses ohne Hülfe gelassen haben sollte. — Versuchen wir indessen, aus den Quellen eine Antwort auf die Frage zu gewinnen.

Zwei hier kurz zu berührende Stellen, in denen man einen Anhalt suchen könnte, bieten einen solchen in Wahrheit nicht:

a. In *l. 20 D. h. t.*, einer schon im § 47 unter B. 3 besprochenen Stelle, wirft Scävola die Frage auf, ob ein Unmündiger, dem die Eigenschaft eines Kindes des Erblassers streitig gemacht wird, und der sich zugleich gegenüber dem Testament auf die Inofficiositätsquerel angewiesen sieht, zur bon. possessio aus dem Carbonianischen Edict zuzulassen ist. Dies wird verneint: hervorgehoben wird dabei neben Anderm, eine solche bonor. possessio solle auch dazu dienen, den Berechtigten gegen Verluste an den erbschaftlichen Klagen zu sichern, wer aber die Querel anzustellen habe, könne weder persönliche Klagen des Nachlasses erheben, noch irgend eine dingliche Klage außer der *hereditatis petitio*. — Hätte die Stelle für unsre Frage Bedeutung, so könnte diese nur in der Ausschließung der gesuchten Klage bestehen: allein auf die l. 20 cit. kann kein Gewicht fallen.

Dies leuchtet ohne Weiteres ein, soweit ein dritter Erbschaftsbesitzer, wie wir ihn oben beschrieben, belangt werden soll. Mag es auch zweifelhaft sein (vergl. § 47 unter B. 3), ob die am Schluß der l. 20 cit. genannte „hereditatis petitio" von der Querel verschieden ist: immer ist doch die von uns in's Auge gefaßte Klage gegen den genannten Erbschaftsbesitzer nach der Stelle zulässig. Denn ein Anspruch auf eine wie immer beschränkte Beseitigung des letzten Willens wegen Pflichtwidrigkeit muß als Querel bezeichnet werden, und daß dieser Anspruch in Verbindung mit der Erbschaftsklage auftrete, wird durch den Inhalt der l. 20 cit. nicht gehindert.

Zweifelhafter findet man es vielleicht, ob auch eine Klage gegen einen Vermächtnißnehmer (daneben bei den Römern gegen den, welcher sich auf Grund des Testaments die Freiheit zuschrieb) mit den Worten der l. 20 cit. verträglich ist. Auch hier jedoch ist zu sagen: ein Anspruch auf beschränkte Rescission des als pflichtwidrig angegriffenen Testaments muß Querel sein, es wäre also unter allen Umständen der l. 20 cit. gegenüber unbedenklich, daß der Notherbe vor der Hand bloß Rescission der zu Gunsten des Beklagten vorliegenden Verfügung des letzten Willens beantragte. Wäre diese aber vom Richter ausgesprochen, so müßte doch auch die Ver-

folgung des einzelnen erbschaftlichen Rechts, das nicht mehr wirksam durch die beseitigte Verfügung gedeckt wäre, zulässig sein. — Uebrigens wird sich unten aus l. 7 D. de H. P. 5. 3 darthun lassen, daß der Notherbe sogar ohne Weiteres aus dem erbschaftlichen Einzelrecht klagen und gegenüber dem auf den letzten Willen gestützten Einwurfe die Frage der Pflichtwidrigkeit desselben zum Austrag bringen kann.

b. Noch weniger erheblich als das jetzt besprochene Fragment ist die l. 49 D. de H. P. 5. 3. Papinian gewährt für die Dauer des Erbschaftsprocesses dem redlichen Besitzer die Verfolgung der erbschaftlichen obligatorischen wie dinglichen Ansprüche; dem Kläger werden ausdrücklich nur die Letzteren zugetheilt, es ist aber nicht zu erkennen, warum ihm nicht auch die Forderungsklagen zustehen sollten [1]). An diesen Ausspruch kann sich unsre Untersuchung nicht anlehnen, wir setzen voraus, daß außerhalb des an das Testament anknüpfenden Erbschaftsstreits vom Notherben Ansprüche gegen dritte Personen verfolgt werden sollen. Ja, auch wenn der Notherbe die Querel gegen den Testamentserben anhängig gemacht hat, kann er keine erbschaftlichen Einzelansprüche unter Berufung auf die *l. 49 cit.* verfolgen: hier würde ihm die unter a. besprochene l. 20 D. h. t. entgegenstehen.

c. Irre ich nicht, so fällt bei unsrer Untersuchung alles Gewicht auf eine letzte Stelle, — die l. 7 pr. § 1 D. de H. P. 5. 3. Zwar ist auch in dieser nur von testamentarischen Freilassungen die Rede, aber sie dürfte für andre Fälle Schlüsse gestatten.

In l. 5 § 2 D. eod. — einer Aeußerung, die nach Inhalt wie Inscription ursprünglich mit l. 7 cit. eng zusammengehangen hat — bemerkt Ulpian:

Eorum judiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praejudicium ejus judicii fieri debeat.

Daß unter den judicia de hereditatis petitione auch die Querel begriffen ist, zeigt die l. 7 cit., welche so anknüpft:

Si quis libertatem ex testamento sibi competisse dicat, non debebit judex de libertate sententiam dicere, *ne praejudicium de testamento cognituro faciat:* et ita senatus censuit: sed et divus Trajanus rescripsit differendum de libertate judicium donec de inofficioso judicium aut inducatur aut finem accipiat. § 1. Ita demum autem sustinentur liberalia judicia, si jam de inofficioso judicium con-

[1]) Vergl. Vangerow II § 508 Anm. II. Windscheid III § 616 Anm. 7.

testatum est: ceterum si non contestetur, non exspectantur (exspectant? Hal.) liberalia judicia: et ita divus Pius rescripsit. — Es folgen nun nähere Angaben über das auf den Sclaven Licinianus bezügliche Rescript von Pius, von welchem im § 47 unter A (S. 401 ff.) gehandelt und auf das unten zurückzukommen ist; für jetzt sind die in den hier mitgetheilten Worten der l. 7 cit. besprochenen Vorschriften über die Verhütung eines Präjudizes für die Untersuchung über das Testament in's Auge zu fassen.

Ein Senatsschluß gebot beim Streit über eine angeblich durch letzten Willen verfügte Freiheitsertheilung Aussetzung des richterlichen Urtheils, soweit durch dieses ein Präjudiz für die Untersuchung über das Testament begründet werden könnte. Im Einklang damit verordnete ein Rescript Trajan's Aufschub des Freiheitsprocesses, „donec de inofficioso judicium aut inducatur aut finem accipiat". Die letzten Worte haben eine mehrfache Auslegung gefunden. Eine sehr alte Ansicht nimmt das „inducere" im Sinne von „Aufhebung", „Einstellung" des Processes im Gegensatz der Erledigung durch Endurtheil[2]): diese Auffassung scheint die natürlichere. Abweichend davon will Cujaz[3]) jene Ausdrücke so verstanden wissen: „bis der Inofficiositätsstreit eingeleitet und beendigt wird"; ihm hat sich Francke angeschlossen[4]). Man hätte dann das „finem accipiat" auf den bereits anhängigen, das „inducatur" auf den bevorstehenden Streit zu beziehen: sehr mißlich ist hier aber, daß doch auch bei letzterem Ausdruck die Erledigung des Processes hinzu gedacht werden müßte. — Indessen hat diese Frage für uns geringe Bedeutung: besonderes Gewicht legen wir auf den Eingang des § 1 der Stelle. Hier wird der Gedanke des Principium von Ulpian durch den Zusatz näher bestimmt: das Verfahren im Freiheitsstreit werde nur ausgesetzt, wenn der Streit über die Querel schon befestigt sei (oder, wie wir hinzufügen, ohne Aufschub befestigt werde[5]), erfolge die

---

[2]) So schon Bas. 42. 1. 7. Vergl. *Schulting-Smallenburg* not. ad h. l.; dazu die Wörterbücher von *Brissonius* v. inducere in f. *Dirksen* ead. voc. § 3. B. In dem angegebenen Sinne kommt das inducere in l. 9 D. de J. F. 49. 14 vor; Parallelstellen aus der nichtjuristischen Litteratur bei *Brissonius* laud.

[3]) Rec. in Dig. V. 3 ad h. l. (VII. 217 ff.): die Auslegung stützt sich auf eine falsche Lesart der Basiliken (Anm. 42); der entscheidende Ausdruck ist dort ἐξενεχθῇ, nicht εἰςενεχθῇ. Vergl. schol. 1.

[4]) Comment. über den Titel de hered. petitione S. 119.

[5]) Uebereinstimmend Bas. 42. 1. 7 schol. 1 und 2.

Streitbefestigung nicht ohne Weiteres, so habe ersterer Proceß nicht zu warten: dies sei von Pius rescribirt.

Auch bei diesem Satze tritt uns eine abweichende Auslegung entgegen. Nach Francke S. 119 f. soll Ulpian sagen, der Streit über die Querel werde so lange hinausgeschoben, bis es feststehe, daß die Querel nicht werde eingeleitet werden. Allein das ist sprachlich unmöglich: das „si *jam* — judicium contestatum est" verlangt mit Bestimmtheit ein gegenwärtiges Schweben des Pflichttheilsprocesses; wird nun auch diese Anforderung in dem „ceterum si non *contestetur*" in etwas gemildert, so muß doch damit nothwendig, wie der Zusammenhang zeigt, ein dem „*contestatum esse*" verwandter Begriff gemeint sein, und diesen gewinnt man nur, wenn man bei diesen Worten, wie wir es oben bei unsrer Uebertragung thaten, an ein unverzügliches Anhängigmachen des Processes denkt. Freilich möchte man für die Ansicht von Francke geltend machen, daß nicht wohl zu erkennen sei, warum der Präjudicialeinwand eine so erhebliche Einschränkung erfahren sollte, wie sie nach unsrer Auslegung gegeben zu sein scheint. Aber auch dieses Bedenken schwindet, und unsre Auslegung findet die vollste Bestätigung, sobald man Ulpian's Worte mittelst der folgenden Mittheilungen des Juristen über den Inhalt des Rescripts von Pius erläutert. Letzteres ist, wie schon bemerkt wurde, das im Rechtsfall des Licinnianus ergangene: dieser hatte mit Berufung auf die dargestellten Verordnungen Aussetzung des Freiheitsprocesses verlangt, und doch lag es in seiner Hand, den Querelstreit herbeizuführen, während der Notherbe als im Besitz der Erbschaft befindlich den Angriff abwarten mußte. Mit Rücksicht hierauf tadelt der Kaiser, daß Licinnianus nichts gethan habe, um es zu einer Entscheidung über das Testament zu bringen; nur das wird nachgelassen, daß demselben bei nicht erkennbarer Chikane noch eine mäßige peremtorische Frist zur Veranlassung des Inofficiositätsprozesses ertheilt werde.

Alles das zeigt, daß Ulpian's Aeußerung im Eingang der l. 7 § 1 cit. sich auf einen engen Kreis von Fällen bezieht: nach der Stelle ist nur dann das Aussetzen des andern Rechtsstreits, welcher der Querel präjudiciren könnte, von der unverzüglichen Einleitung der Letzteren abhängig zu machen, wenn lediglich die Partei, welche jenen Aufschub verlangt, überall nicht aber deren Gegner, die Herbeiführung des Verfahrens über das

Testament in der Hand hat. Uebrigens wird man, gestützt auf diesen Ausspruch wie auf die Natur der Sache, allgemein sagen dürfen, daß ein Aufschub des Freiheitsprocesses nicht eintrat, wenn es feststand, daß die Querel vom Notherben nicht anhängig gemacht werden **konnte**, — etwa weil es an einer zu deren Verhandlung erforderlichen Partei fehlte.

Soviel zur Auslegung der Stelle; die Folgerungen, die sich für unsre Untersuchung aus ihr ziehen lassen, sind wie mir scheint diese. Licinnianus war von einem im Besitz der Erbschaft befindlichen Notherben des Erblassers als Sclav in Anspruch genommen: in diesem Freiheitsproceß mußte der Kläger, indem er seinen Anspruch auf die eigne gesetzliche Erbberechtigung stützte, der Verweisung des Assertor auf das für den Sclaven sprechende Testament begegnen, und um dem gegenüber seinen Anspruch durchzusetzen, mußte er eine Entscheidung des Richters über die Inofficiosität des Testaments veranlassen. Diesen Zusammenhang kann sich Ulpian bei seiner Darstellung nicht verhehlt haben: denn der Rechtsfall des Licinnianus bildet recht eigentlich den Mittelpunkt der uns in l. 7 cit. dargebotenen Erörterungen. Wir sind demnach vollkommen berechtigt, auch die im Principium der l. 7 cit. und im ersten Satz des § 1 eod. erwähnten Verordnungen des Senats und der Kaiser über die Verhütung eines Präjudizes für die Querel[6]) auf solche im Verlaufe des Freiheitsprocesses — von Seiten des Klägers oder des Beklagten — gestellte Anträge auf eine Entscheidung über die Inofficiosität zu beziehen. Für die Regel wurde nun allerdings vermöge jener Verordnungen das Präjudiz verhütet; allein der Eingang der l. 7 § 1 cit. zeigt mit voller Deutlichkeit, daß es doch Fälle gab, wo es zu jener Entscheidung bei Gelegenheit des Freiheitsprocesses kommen mußte: nach dem Bemerkten gehören dahin die Vorgänge, wo es nicht in der Hand der die Inof-

[6]) Wie sehr die in l. 7 pr. § 1 cit. erwähnten Vorschriften die Möglichkeit in's Auge faßten, daß die Frage nach der Pflichtwidrigkeit des Testaments Gegenstand des Erkenntnisses im Freiheitsproceß werden könnte, beweist noch l. 7 § 2 D. eod. Hier wird bei in Aussicht stehender Querel dem, welcher die Freiheit aus einem andern Grunde als kraft des Testaments, die Erbschaft aber auf Grund des Letzteren in Anspruch nimmt, die Einleitung des Freiheitsprocesses mit der Einschränkung gestattet, dummodo praedicatur judici liberalis causae, *ne ullum adminiculum libertatis ex testamento admittat.*

ficiosität behauptenden Partei lag, den Streit über die Querel in's Leben zu rufen.

Damit haben wir eine einzelne Klasse von Fällen gewonnen, bei der die Quellen ausdrücklich die Möglichkeit anerkennen, die Frage der Pflichtwidrigkeit des Testaments bei Gelegenheit eines andern Rechtsstreits zur Entscheidung zu bringen, also auch eine beschränkte Beseitigung des Testaments zu erwirken. Handelt es sich nun hier um eine Singularität, welche nur für Freiheitsprocesse Bedeutung hatte? Die Antwort hat zwei Fragen auseinanderzuhalten. Zu sagen ist einmal, (b.) ob die regelmäßige Aussetzung des richterlichen Urtheils zur Verhütung eines Präjudizes für die Querel nur bei jenen Processen Anwendung fand, — sodann (a.) ob die aus l. 7 § 1 cit. zu entnehmende Berechtigung des Notherben, in gewissen Fällen mit erbschaftlichen Einzelansprüchen vorzugehen, ohne daß er zuvor ein ihm entgegenstehendes Testament umgestoßen hätte, damit die Frage der Inofficiosität wo nöthig in Einzelprocessen vom Richter prüfen zu lassen, nur für die vindicatio in servitutem gegen Erbschaftssclaven Geltung hat.

(a.) Die zweite Frage, die ich vorwegnehme, ist unbedingt zu verneinen. Die Ansicht hat Manches für sich und sie hat Vertreter gefunden, daß die (zur ersten Frage gehörige) Vertagung der Spruchfällung mit Rücksicht auf eine in Aussicht stehende Querel in Eigenthümlichkeiten des Freiheitsstreits ihren Grund hat. Allein wenn davon eine Ausnahme gemacht wird in Fällen, wo der Notherbe gehindert ist, die Querel gegen den Testamentserben anhängig zu machen, — wenn Ersterer sich höchstens noch gefallen lassen soll, daß dem Gegner, für welchen die Möglichkeit besteht, die Klage zu veranlassen, zu diesem Ende eine kurze peremtorische Frist bewilligt wird, so sind das Sätze, an denen nichts Singuläres zu finden ist: sie tragen dem für den Notherben gegenüber jenem Hinderniß bestehenden Bedürfniß Rechnung, dritten Personen gegenüber die zur Erbschaft gehörigen Vermögensrechte zu verfolgen.

Von diesen Sätzen ist daher ohne Bedenken Anwendung zu machen auf die Klage des Pflichttheilsberechtigten gegen Erbschaftsbesitzer, die sich nicht auf den letzten Willen berufen, sowie gegen Vermächtnißnehmer, welche die vermachten Gegenstände in Besitz haben. Doch versteht es sich dabei von selbst, daß das auf eine

solche Klage ergehende richterliche Erkenntniß das Testament nur in dem beschränkten Sinne bei Seite setzt, von welchem im § 47 (S. 415 ff.) die Rede gewesen ist. Auch das lehrt die l. 7 pr. cit. Wenn es in der Stelle heißt, der Geschworne habe das Erkenntniß über den Freiheitsproceß zu vertagen, *ne praejudicium de testamento cognituro faciat*, so ist damit deutlich ausgesprochen, daß die Vorentscheidung die spätere Querel nicht ausschließen, vielmehr nur den Gegenstand des späteren Spruchs der Centumvirn schmälern konnte.

(b.) Zweifelhaft erscheint es, ob jene Klagen dem Notherben nur im Nothfall zu gewähren sind, — auf den Fall, wo die Querel gegen den Testamentserben verschlossen ist. Für die Aufklärung dieses Punktes scheint mir die obige erste Frage wichtig, ob die durch die Rücksicht auf die Querel veranlaßte regelmäßige Aussetzung der Freiheitsprocesse in l. 7 pr. § 1 cit. als eine nur für diese Processe geltende Singularität zu betrachten ist. Dies pflegt bejaht zu werden: man sieht den Grund der von Ulpian besprochenen Vorschriften in der Erwägung, daß das in einem solchen Einzelprocesse ergehende, der Freiheit günstige Urtheil für immer feststehen würde, während doch das Testament noch in der Folge cassirt werden könnte[7]). Ich vermag nicht zuzugeben, daß diese Ansicht im Recht sei. Fragen wir zunächst, was jene Verordnungen wegen der Verhütung eines Präjudizes besagen wollen. Die Bedeutung des Ausdrucks praejudicium ist in dieser Anwendung gewiß die: es soll nicht geschehen, daß dem Inhalt der Erbschaftsklage (in unserm Falle der mit der Querel zu verbindenden Universalklage) einzelne zum Nachlaß gehörige Ansprüche durch Vorentscheidungen auf Einzelprocesse entzogen, überhaupt daß die mehreren unter die Universalklage gehörigen Gegenstände durch eine Vielheit von Processen auseinander gerissen werden[8]). In diesem Sinne nun wird nicht leicht der Freiheitsproceß des im Testament freigelassenen Sclaven gegen den Testamentserben ein Präjudiz für die Querel begründen. Beide Theile haben ein Interesse an der Aufrechthaltung des Testaments, werden also dessen Gültigkeit nicht in Frage ziehen. Fällt ferner die Entscheidung zu Gunsten der Freiheit aus, so kann sich

[7]) Vergl. *Cujac.* rec. in Dig. V. 3. l. 7 (VII. 219. 220). Francke, Comment. S. 118.

[8]) Vergl. die Ausführungen bei Francke S. 79 ff., insbes. S. 85—87.

doch der Sclav in der Folge gegenüber dem Notherben, der das Testament umstößt, nicht auf dieselbe berufen: denn Letzterer nimmt so gut die Stellung eines justus contradictor ein, wie sie früher dem eingesetzten Erben zukam[9]). Anders beim Freiheitsprozeß gegen den die Erbschaft besitzenden Notherben (so im Fall der l. 7 § 1 cit.): hier wurde der Sclav durch ein ihm günstiges Erkenntniß dem Gegner definitiv entzogen, auch wenn dieser in der Folge den Testamentserben mit der Querel besiegte.

Läßt sich nun sagen, daß andere Rechtsstreitigkeiten über erbschaftliche Rechte nicht die gleiche Gefahr einer Beeinträchtigung der Querel mit sich führten, wie jene Processe über die Freiheit von Erbschaftssclaven? Gewiß nicht. Was zunächst die Ansprüche der Vermächtnißnehmer betrifft, so ist hier freilich der Regel nach ein Präjudiz nicht zu befürchten. Jene Ansprüche können, wo nicht auf Grund Vindicationslegats die dingliche Klage zusteht, nur gegenüber dem Testamentserben verfolgt werden; hier also gilt dasselbe, was vorhin von den Freiheitsprocessen gegen diesen Erben gesagt wurde. Dazu kommt, daß die Vermächtnißnehmer vom Erben Erfüllung nur verlangen können, wenn sie Sicherheit für die Rückleistung auf den Fall bestellen, daß das Testament umgestoßen werde[10]): damit werden bei Eintritt dieses Falls die Folgen des früheren Rechtsstreits rückgängig gemacht. Allein grade bei dem uns interessirenden Streit des Notherben mit dem (besitzenden) Vermächtnißnehmer liegt dieser Punkt anders: das darüber ergehende, dem Notherben günstige wie ungünstige Urtheil kann sich mit einem späteren, auf die Querel wider den Testamentserben ergehenden Erkenntniß in Widerspruch setzen. — Aehnliches gilt auch von der Entscheidung auf den Streit mit dem Erbschaftsbesitzer ohne testamentarische Erbberechtigung: der Notherbe kann hier durch ein ihm ungünstiges Urtheil die vom Beklagten besessenen Vermögenstheile für immer einbüßen, auch wenn demnächst seine Querel gegen den Testamentserben durchdringt.

Ich nehme demnach keinen Anstand, auf diese Fälle die Sätze in l. 7 pr. § 1 D. de H. P. 5. 3 analog anzuwenden: der Richter wird der Regel nach seinen Spruch auf solche Klagen des Notherben auszusetzen haben, es wäre denn, daß Letzterer sich außer

---

9) Vergl. das auf S. 417 ff. Bemerkte.

10) Nachweise bei Windscheid III § 616 Anm. 6.

Stande befände, die Querel gegen den Testamentserben oder eine rechtlich an dessen Stelle getretene Person anhängig zu machen. Daß wir für jene Fälle in den Quellen keine Entscheidungen von der Art der in l. 7 cit. enthaltenen besitzen, erklärt sich aus der Seltenheit ihres Vorkommens. Für meine Auffassung aber spricht, daß die von Ulpian in l. 7 cit. zusammengestellten Nachrichten über die vom Senat wie von den Kaisern ausgegangenen Verordnungen sich in Ulpian's Edictscommentar unmittelbar an die allgemeine Regel der l. 5 § 2 D. eod. anschlossen: gegenüber den judicia, „quae de hereditatis petitione sunt", dürfe kein Präjudiz begründet werden. Von diesem Satze stellen die Bestimmungen in l. 7 cit. nur concrete Anwendungen dar.

Den Grund, um dessen willen die Frage der Inofficiosität gegenüber dritten Berechtigten nur in Nothfällen der mehrfach bezeichneten Art zum Austrag zu bringen ist, habe ich im § 47 unter 7. ausgeführt: die Querel kann die ihr vom Recht beigelegten Wirkungen nur in beschränktem Maße herbeiführen, wenn sie einen Andern als den Testamentserben zum Proceßgegner nimmt.

Mit einigen Worten berühre ich die Rechtsmittel des Notherben gegen den in den Besitz des vermachten Gegenstands gelangten Vermächtnißnehmer. Wie oben unter a bemerkt wurde, scheint die l. 20 D. h. t. nur ein Verfahren zuzulassen, bei welchem die Querel voraufgeht, erst nach erfolgter verhältnißmäßiger Beseitigung des Testaments der einzelne erbschaftliche Anspruch vom Notherben zur Hand genommen wird. Allein die l. 7 § 1 D. h. t. lehrt, — insbesondere die Behandlung des Falls des Licinnianus —, daß auch von vornherein mit dem zuletzt erwähnten Anspruch vorgegangen, bei dessen Verhandlung aber die Inofficiosität ausgeführt werden konnte. — Was die Rechtsmittel des Notherben angeht, so werden leicht die Voraussetzungen des interdictum quod legatorum zutreffen: sie fehlen namentlich auch dann nicht, wenn der Vermächtnißnehmer den Besitz mit dem Willen des Testamentserben erlangt hat. Denn immer hat er denselben vom Standpunkt des Notherben non ex voluntate heredis[11]). Auch seinem nicht aus der Hand des Testamentserben erlangten Besitz fehlt ferner, nachdem das Testament durch das Erkenntniß auf die Querel beseitigt ist, der

---

[11]) l. 1 § 2. 11. 12. 14. 15 D. quod legator. 43. 3 fr. Vat. 90.

rechtfertigende Grund: hierauf ist eine condictio sine causa zu gründen, analog der condictio indebiti utilis, die dem Notherben rücksichtlich der vom Testamentserben erfüllten, nunmehr ungültigen Vermächtnisse zusteht[12]). Endlich wird man auch den Vermächtnißnehmer von da ab, wo er mit der Querel besiegt ist, als Besitzer pro possessore behandeln dürfen[12b]): demnach kann sich der Pflichttheilsberechtigte der Erbschaftsklage bedienen.

II. Zu erörtern ist hier noch der im § 46 unter I a. E. ausgesetzte Fall, wo der Erblasser den Notherben irrthümlich als nicht vorhanden ansah und deshalb überging, — ein Fall, dessen Behandlung nach den Quellen Schwierigkeiten bereitet.

Ich erwähne vorweg den verwandten Fall, wo der Pflichttheilsberechtigte erst nach dem Testament, in welchem er nicht berücksichtigt ist, geboren wird. Derselbe hat hauptsächlich Bedeutung für Descendenten, denen ein formelles Notherbenrecht nicht zukommt: so für die Kinder gegenüber dem mütterlichen Testament. Hierauf bezieht sich das Rescript von Sever in l. 3 C. h. t. 3. 28. Dasselbe verhilft dem Nachgebornen ohne Querel zur Erbfolge, sobald die Mutter bei seiner Geburt vom Tode überrascht wurde, die eingesetzten Erben gleichfalls zu den Kindern gehören, ein Vorwurf wegen liebloser Zurücksetzung der Kinder also überall nicht gegen die Erblasserin zu begründen ist. Es liegt darin eine dem alten jus adcrescendi gewisser sui verwandte Succession: der Nachgeborne wird behandelt, als wäre er Testamentserbe, er hat deshalb zu seinem Theile für die Vermächtnisse und sonstigen Beschwerungen der Erben zu haften. — In zwei andern Fällen kommt es zur Querel: einmal da, wo der Mutter nach der Geburt des Kindes Zeit geblieben war, den letzten Willen zu ändern, sodann in dem Falle, wo im Testament extranei zu Erben eingesetzt sind.

Bei der Bestimmung der l. 3 C. cit. ist Irrthum der Erblasserin Voraussetzung der eintretenden Hülfe nicht. Dagegen liegt Irrthum vor, wenn der Erblasser bei der Errichtung des Testaments vom Dasein des vor dieser Zeit gebornen Notherben nichts wußte, etwa sein Ableben voraussetzte. Hier verleiht Ulpian, l. 27 § 4 D. h. t., gegenüber dem mütterlichen Testament die Querel:

---

[12]) l. 8 § 16 D. de inoff. 5. 2. l. 2 § 1 D. de cond. indeb. 12. 6.
[12b]) Arg. l. 13 § 1 in f. D. de H. P. 5. 3.

De testamento matris, quae existimans periisse filium alium heredem instituit, de inofficioso queri potest.

Dagegen berichtet Paulus in der in der Compilation sich unmittelbar anschließenden l. 28 D. eod. von einem ganz auf den nämlichen Fall des Irrthums der Mutter bezüglichen Decret Trajan's, wonach die Erbschaft zwar dem Sohne zufallen, die Freiheitsertheilungen und Vermächtnisse aber bei Kräften bleiben sollten. Der Jurist fügt hinzu:

— hic illud adnotatum (adnotandum? Momms.[13]), quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.

Der Basilikenscholiast (Bas. 29. 1. 24 schol. 1) nimmt eine Abweichung an gegenüber dem Thatbestande in l. 27 § 4 cit. Darauf, daß in l. 28 cit. der Sohn als Soldat erscheint, soll die juristische Behandlung des Falles beruhen, der Soldat soll der Querel nicht bedürfen: er hätte sich also nicht in eine Erörterung darüber einzulassen, ob ihm ein Ausschließungsgrund entgegenstehe. Uebrigens wird ihm die Wahl zwischen diesem Wege und der Querel der l. 27 § 4 cit. gewährt. — Daß in solcher Weise der Ausdruck „miles" betont wird, erscheint ungerechtfertigt; es ist nicht zu erkennen, was zu dem Privilegium des Soldaten geführt haben sollte. Auf die sachliche Unterscheidung komme ich sogleich.

Die heutzutage herrschende Ansicht trifft mit dem Scholiasten darin zusammen, daß man das in l. 28 cit. in's Auge gefaßte Rechtsmittel nicht auf die Querel deutet[14]). Zwar läßt sich dafür in dem obigen Schlußsatze der Stelle ein Beweis nicht finden: derselbe könnte sehr wohl eine bloße Regelwidrigkeit gegenüber dem Recht der Querel betonen wollen. Dagegen wird man durch die übereinstimmende Entscheidung in l. 92 D. de her. inst. 28. 5[15]) genöthigt, die l. 28 cit. aus den Grundsätzen über den Irrthum im Beweggrund

[13]) Die jedenfalls sachlich mehr entsprechende Aenderung in „adnotandum" wird, wie die Ausgabe von Th. Mommsen hervorhebt, durch das im Text besprochene Scholium unterstützt.

[14]) Francke S. 310 f. Mühlenbruch S. 380 ff. Vangerow II § 431 Anm. 2 unter 3. Windscheid III § 548 Anm. 15 und 16 verglichen mit § 641 Anm. 2 im Eing. Dagegen scheint Brinz (II S. 766 a. E.) eine Querel anzunehmen.

[15]) Näher handelt von diesem Fragment Mühlenbruch 35 S. 381 Anm. 85. S. 384 f. 38 S. 478—480.

zu erklären. Hiernach bietet sich in der That dem Notherben, wie der Basilikenscholiast bemerkt, ein doppelter Weg zur Anfechtung des ihn ausschließenden Testaments: die Berufung auf den Irrthum des Erblassers und auf die Pflichtwidrigkeit. Ob noch für das neueste Recht die Aufrechthaltung der Vermächtnisse und Freiheitsertheilungen vom ersten Gesichtspunkt aus festgehalten werden darf, ist eine hier nicht zu untersuchende Frage[16]. — Mühlenbruch[17]) zieht noch in diese Untersuchung die l. 25 D. de lib. 28. 2; allein bei diesem Fragment ist die Frage eine ganz andere. Paulus erklärt formell die Clausel „ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto" für ausreichend gegenüber dem Erforderniß namentlicher Enterbung des einzelnen filius suus[18]); indessen verlangt der Begriff der Enterbung auch den auf die Ausschließung des einzelnen Kindes gerichteten Willen: kann daher ein nicht bedachter Sohn beweisen, daß der Erblasser ihn irrthümlich für todt gehalten hat, so ergibt sich daraus, daß es an aller Enterbung fehlt, folglich dem formellen Notherbenrecht nicht Genüge geschehen ist.

§ 49.

C. Geschichtliches über die Querel. — Verfahren bei derselben.

I. Die Entstehungszeit der Querel ist bestritten und muß bei der Dürftigkeit der uns zu Gebote stehenden Nachrichten zweifelhaft erscheinen. Gewöhnlich nimmt man an, die Klage sei schon zu Cicero's Zeit in Uebung gewesen[1]); eine abweichende Meinung ist geneigt, ihre Anfänge in die erste Kaiserzeit zu verlegen[2]). Dieser Ansicht ist zuzugeben, daß man sich bei Cicero vergeblich nach einem Zeugniß für das Bestehen des Rechtsmittels umsieht. Wenn derselbe in Verr. II. 1. c. 42 von einem testamentum *non improbum*, *non inofficiosum*, *non inhumanum* spricht, so bleibt es ungewiß, ob mit dem „inofficiosum" ein technischer Begriff verbunden werden darf, und jedenfalls ist in der Stelle von einer Anfechtung des letzten Willens durch die nächsten Blutsverwandten nicht die Rede. Richtig ist auch, daß die bei Valer. Max. VII, 7 und 8 dargestellten Rechts-

---

[16]) Vergl. die Bemerkungen bei Windscheid a. a. O., besonders § 641 Anm. 2.

[17]) Band 35 S. 385.

[18]) Darüber Schmidt, Notherbenrecht S. 60 Anm. 179.

[1]) Vergl. Glück VII S. 363—370. Auch Schmidt, Recht der Notherben S. 69 f., bezeichnet diese Annahme als die wahrscheinlichere.

[2]) So namentlich Bluntschli S. 133—140. Zustimmend Bekker I S. 278 f.

fälle selbst für die Zeit des Augustus insofern ein unfertiges Rechtsinstitut erkennen lassen, als wiederholt den durch elterliches Testament verletzten Kindern mittelst kaiserlicher Machtvollkommenheit zum Vermögen verholfen wurde[3]). Allein immer wird dadurch das Gewicht der Erzählung in VII. 7 n. 2 nicht beseitigt. Hier erlangt der in der Adoptivfamilie stehende Sohn dem eingesetzten Erben gegenüber die Rescission des ihn übergehenden väterlichen Testaments durch Spruch der Centumvirn: darin läßt sich nicht wohl ein anderes Rechtsmittel als die Querel erkennen. Eben dieser Fall aber wird vom Erzähler in die Zeit des Pompejus verlegt: das ist gewiß ein beachtenswerthes Argument für die oben bezeichnete herrschende Meinung.

II. Von der processualischen Behandlung der Querel ist gelegentlich der Erörterungen über deren Wesen sowie über ihr Verhältniß zur Erbschaftsklage (§§ 46—48) mehrfach die Rede gewesen; sie verlangt indessen noch eine kurze zusammenfassende Besprechung. Noch in der Zeit der classischen Jurisprudenz stand wahrscheinlich in Rom den Centumvirn die ausschließliche Competenz für die Querel zu[4]). Das Verfahren war noch immer das der legis actio, so zwar, daß die Instruction im Sacramentsproceß vor dem praetor urbanus oder peregrinus erfolgte[5]).

Entsprechend der von uns angenommenen Ansicht, welche in der Querel einen selbständigen, unter Umständen auch völlig gesondert auftretenden Anspruch sieht, mußte jene Instruction die zweifache Gestalt an sich tragen, wonach die legis actio entweder die Behauptung der Inofficiosität allein oder neben dieser die Vindication der Erbschaft in sich aufnahm. Und hier besteht ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit für die Annahme von Bekker[6]), daß ursprünglich jene Behauptung lediglich im Zusammenhang mit der Erbschaftsklage auftrat, die völlig selbständige Querel erst auf einer späteren

---

[3]) So VII. 7 n. 3 und 4. — Die Entscheidung des Calpurnius Piso (das. n. 5), durch welche dem Vater des in Adoption gegebenen Kindes eine bon. poss. Unde cognati ertheilt, dem Testamentserben die legis actio versagt wurde, liegt vor der Zeit des Augustus. Davon ausführlich Leist, Forts. S. 69—76.

[4]) Von den vielen darüber sprechenden Stellen hebe ich hervor: Valer. Max. VII. 7. n. 2. 8. n. 1 und 4. Plin. ep. I. 18. V. 1. VI. 33. Quintil. inst. or. V. 2. Zu vergleichen ist die Darstellung bei Bethmann-Hollweg, röm. Civ.-Proc. II S. 53—58.

[5]) Gaj. IV. 31. Gell. noct. Att. XX. 10.

[6]) Actionen I S. 279 ff.

Entwicklungsstufe zur Entstehung gelangte. Diese doppelte Gestalt ist unsrer Klage auch noch für das neueste Recht zuzuschreiben. Nur glaube ich nicht, daß die Querel, wo sie nach dem soeben Bemerkten in Verbindung mit der Erbschaftsklage vorkam, auf die Stellung eines Incidentverfahrens beschränkt blieb. Sie steht selbständig neben der Vindication des Nachlasses; demgemäß wurden wohl beide Ansprüche in den meisten Fällen gleichzeitig vor dem Prätor vorgetragen, mochte das Testament vom Vindicanten, oder mochte es vom Contravindicanten angefochten werden. Im Vortrage werden sich Beide — nach der formellen Natur des Legisactionenverfahrens — von einander gesondert haben: schon im § 47 unter B. 1 (bei der Besprechung der l. 19 D. h. t.) habe ich ausgeführt, daß die Entscheidung über die Erbschaftsklage regelmäßig bis zu erfolgter Aburtelung der Querel ausgesetzt blieb. Dagegen nehme ich abweichend von Bekker an, daß regelmäßig, wo jene Verbindung beider Ansprüche vorlag, die Instruction beider vor dem Prätor vollständig zum Abschluß gebracht wurde, beide also gleichzeitig an die Centumvirn gelangten. Die sehr freie Stellung dieses Gerichts macht es wahrscheinlich, daß dieses selbst die Zurückstellung der Erbschaftsklage anzuordnen hatte. Dafür spricht, daß die Quellen nachdrücklich mit dem inofficiosum dicere, auch wo der damit vor den Centumvirn erzielte Erfolg in Frage steht, das Vindiciren des gesetzlichen Erbtheils in Verbindung bringen [7]), und daß doch diese Erbberechtigung zur Feststellung des Legitimationspunktes auch bei der Verhandlung über die reine Querel geprüft werden mußte.

Durch diese Vordersätze werde ich freilich zu dem Schlusse gedrängt, daß bei der mit der Erbschaftsklage verbundenen Querel doppelte Sacramente vorkamen; indessen wüßte ich nicht, wie irgend eine Ansicht, welche mit uns die Querel als ein selbständiges Rechtsmittel behandelt, diese Consequenz vermeiden könnte. Um dies zu zeigen, knüpfe ich an das Verfahren an, wie es sich für die Zeit der classischen Juristen nach Gaj. IV. 95 darstellt. Man streitet darüber, ob Gajus nur sagen will: bei den vor den Centumvirn zu verhandelnden Sachen werde im Sacramentsproceß verfahren [8]), —

---

[7]) So die Stellen im § 47 Anm. 10, — namentlich l. 17 pr. l. 19. l. 27 § 3 D. h. t.

[8]) Von diesem Standpunkt aus hieße das „*summam sponsionis* — petimus — per legis actionem" so viel als *sacramentum* petimus p. l. a. So

oder ob er lehrt: bei den zur Competenz der Centumvirn gehörigen Rechtssachen werde der Betrag der (stets auf 125 Sesterzen bemessenen) Präjudizialsponsion im Wege des Sacramentsverfahrens in Anspruch genommen[9]). Ich stehe nicht an, mich der zweiten Meinung anzuschließen, da diese allein mit dem Ausspruche des Gajus verträglich ist: nur wird man es mit Rücksicht auf Cic. in Verr. II. 1. 45. Gell. XX. 10 wahrscheinlich finden müssen, daß neben dem Sponsionsverfahren auch der reine, in der ursprünglichen Gestalt auftretende Sacramentsprozeß vorkam. Mag man nun aber die eine oder andere dieser Verfahrungsarten in's Auge fassen, so macht die von uns behauptete Sonderung des in der Querel gegebenen Anspruchs von der Vindication der Erbschaft doppelte Sacramente, beim Sponsionsverfahren auch doppelte Sponsionen nöthig. Indessen ist leicht zu erkennen, daß die oben besprochene Auffassung von Bekker zu dem gleichen Ergebniß führt. Denn nimmt man mit Letzterem an, daß vor der Hand (nach der Instruction der legis actio vor dem Prätor) nur die Querel an die Centumvirn kam, so waren ja grade für diese (Sponsion und) Sacrament nöthig. Und eben dies mußte sich wiederholen, wenn das einstweilen vom Prätor ausgesetzte Verfahren über die Erbschaftsklage nach siegreich durchgeführter Querel wieder aufgenommen wurde.

Behalten wir die obige Auslegung von Gaj. IV. 95 im Auge, so wird sich auch eine befriedigende Antwort auf eine Frage gewinnen lassen, bei der man das Verfahren vor den Centumvirn besonders zweifelhaft findet. Ohne Frage gelangten zur Querel auch solche Pflichttheilsberechtigte, die sich nur vermöge einer bonorum possessio zur Erbschaft ziehen konnten, und doch konnten diese nicht in der legis actio das „Ajo L. Titii hereditatem ex jure Quiritium meam esse" sprechen. Gewöhnlich nimmt man deshalb zu der Annahme seine Zuflucht, daß beim bonorum possessor in den Parteivortrag eine Fiction aufgenommen wurde[10]), und doch will die Fiction zu der

---

Bethmann-Hollweg, Zeitschr. f. gesch. R.-W. V S. 388—397, röm. Civ.-Proc. II S. 232 Anm. 15. Römer, krit. Ueberschau III S. 441—454. Rudorff, Rechtsgeschichte II § 37 bei Anm. 2.

[9]) So Dernburg, Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 264—268. Stintzing, Verhältniß der leg. actio sacram. u. s. f. S. 47—50. Bekker, Actionen I S. 258 Anm. 13.

[10]) So Hartmann S. 7 Anm. 3 und — mit Betonung der sich erhebenden Bedenken — Schlesinger S. 475.

streng formulirten Rechtsbehauptung nicht wohl passen. Bekker meint[11]), die Schwierigkeiten fallen weg, sobald man die Querel lediglich auf das „testamentum inofficiosum esse“ gestellt denke. Ich kann das nicht finden: neben der so gefaßten Querel war doch die vindicatio hereditatis im Legisactionenverfahren zu verhandeln, und hier eben begegnen jene Bedenken.

Die Lösung ergibt sich ohne Weiteres, wenn man streng an der Nachricht bei Gaj. IV. 95 festhält. Dort wird gelehrt:

> Ceterum si apud centumviros agitur, *summam sponsionis* non per formulam *petimus*, sed *per legis actionem:* sacramento enim reus provocatur[12]) eaque sponsio sestertiorum CXXV nummorum fit, scilicet propter legem Creperiam —.

Nach diesen Worten scheint es mir völlig einleuchtend, daß der bonorum possessor mit Hülfe der Sponsion zur sacramenti actio *in personam* gelangte, und hier hatte er einen völlig normalen Anspruch auf „Ajo te mihi sestertios CXXV nummos dare oportere“, wenngleich die sponsio gradezu auf die erfolgte Ertheilung der bonor. possessio gestellt war[13]).

D. Wirkungen der Querel.

§ 50.

1. Im Allgemeinen *).

I. Bei natürlicher Betrachtung erkennt man, daß die Wirkungen der Querel sich in zwei Gruppen theilen. Die eine wird zusammengehalten durch den Einfluß des Anspruchs auf das Testament und die auf dieses gestützte Erbfolge. Diese wesentlich negativen Wirkungen erstrecken sich über alle Theile des letzten Willens und sind danach je nach ihrer Beziehung auf die Erbeseinsetzung und die sonstigen Anordnungen zu sondern. Die zweite Gruppe von im Ganzen positiven Wirkungen läßt sich als Begründung der gesetzlichen Erbfolge bezeichnen. Denn derartige Wirkungen sind nur in Anwendung auf die Gesammtnachfolge zu betrachten. Mit

---

11) Actionen II. S. 274 Anm. 3 unter VII.

12) So nach Studemund.

13) Vergl. die bei *Rudorff*, edict. § 59 für die Erbschaftsklage des bonorum possessor aufgestellte sponsio praejudicialis. (Si bonorum Luci Titii possessionem illè praetor ex edicto suo mihi dedit, sestertios [CXXV] nummos dare spondesne?)

*) Francke S. 298—309. Mühlenbruch **35** S. 361—380. 390—392. Vangerow II § 479. Bekker, Actionen I S. 277 f.

Rücksicht hierauf aber empfiehlt es sich, sie in der Darstellung mit den auf die Beerbung bezüglichen negativen Wirkungen zu verbinden. Dem § 51 bleiben die Fälle vorbehalten, wo eine Mehrheit sei es von Notherben, sei es von Testamentserben vorhanden ist; sie werden im gegenwärtigen Paragraphen nur einmal berührt, — bei der Bestimmung des Umfangs, in welchem der Erwerb des Testamentserben beseitigt wird. (Vergl. den Text bei Anm. 6).

Die durchgeführte, durch richterliches Urtheil begründet befundene Querel beseitigt das Testament in allen Theilen[1]). In Betracht kommen:

1. Die Erbeseinsetzung. Diese und der auf sie gegründete Erwerb des Eingesetzten wird gemäß dem für den Kläger günstigen Urtheil auf die Querel als nicht erfolgt behandelt[2]). Folgeweise lösen sich die durch den Erbschaftserwerb in der Person des eingesetzten Erben begründet gewesenen Rechte und Verbindlichkeiten ohne Weiteres von diesem ab und gehen auf den Notherben über[3]). Die durch Confusion aufgehobenen Forderungen wie Verbindlichkeiten des Testamentserben gegenüber dem Nachlaß gelten sowohl für die klageweise Geltendmachung wie für die Compensation als fortdauernd[4]). Das Gleiche muß von den auf solchem Wege erloschenen dinglichen Rechten an fremder Sache gesagt werden.

Indessen kann der Pflichttheilsberechtigte nur auf Höhe derjenigen Quote der Erbschaft Beseitigung des Testaments fordern, die er

---

[1]) Ulp. l. 8 § 16 D. h. t.: — testamentum ipso jure rescissum est —. Paul. l. 17 § 1 D. eod.: — testamenti factionem habuisse defunctus non creditur —. Claud. ap. Scaev. l. 36 D. de legat. III° (32): Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cujus de inofficioso testamento constitisset, quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema ejus judicia valet. Wenn Mühlenbruch 35 S. 362 f. auszuführen sucht, das „ipso jure“ in l. 8 § 16 cit. sei nicht mit „jure civili“ zu übertragen, so beweist der ganze Inhalt der Stelle das Gegentheil, namentlich die Aeußerungen: — et *suus heres* erit secundum quem judicatum est —: et libertates ipso jure non valent: nec legata debentur —.

[2]) Paul. l. 21 § 2 D. h. t.: — evicta hereditate per inofficiosi querellam — perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset —.

[3]) Papin. l. 15 § 2 D. h. t. Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare —.

[4]) l. 21 § 2 D. h. t. l. 22 C. eod.

kraft gesetzlicher Erbberechtigung in Anspruch zu nehmen hat[5]). Sieht man demnach von der Anwachsung im Pflichttheilsrecht ab, so wird auch nur in dem angegebenen Umfange der Erwerb des Testamentserben rückgängig gemacht. Und ohne dies kann sich die Aufhebung des Testaments auf eine Quote der Erbschaft beschränken, weil der Notherbe seinen Anspruch freiwillig auf dieses Maß herabsetzt, etwa nur gegen einen der eingesetzten Erben vorgeht, — oder weil er an dieses Maß gebunden ist, da er als Geschwister des Erblassers neben einem bescholtenen Testamentserben unbescholtene vorfindet, — oder endlich weil er auf die Klage gegen mehrere Testamentserben angewiesen ist und dabei nur gegen einzelne derselben Erfolg hat[6]). — Die positiven Wirkungen der Querel wurden oben mit dem Ausdruck wiedergegeben, daß die gesetzliche Erbfolge zu Gunsten des Querelberechtigten begründet werde. Auch der hierin liegende Erbschaftserwerb tritt mit der Rechtskraft des Erkenntnisses ohne Weiteres ein, da die Erwerbshandlung in der Anstellung der Querel oder vor dieser gegeben ist. Von letzterer Thatsache ist im § 52 mehr zu sagen. Indem, wie bemerkt wurde, kraft des Erbschaftserwerbs des Notherben die erbschaftlichen Rechte wie Verbindlichkeiten auf diesen übergehen[7]), entsteht da, wo die Querel nur zu theilweiser Beseitigung des Testaments führt, zwischen dem Notherben und dem nicht ausgeschlossenen Testamentserben Gemeinschaft, es ist demnach zwischen Beiden die Erbschaftsklage begründet[8]).

Wenn man sagt, die Querel führe zur gesetzlichen Erbfolge zu Gunsten des Querelberechtigten, so ist im Auge zu behalten, daß eine solche Berechtigung nur den im einzelnen Fall an erster Stelle zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Personen zukommt. Die Quellen fassen indessen mehrfach die Möglichkeit in's Auge, daß vermöge ungerechten Richterspruchs eine Person mit der Querel durchbringt, welcher nächste gesetzliche Erbberechtigung nicht zur Seite steht. Völlig klar ist hier die Behandlung des Falls, wo das Urtheil das Testament in seiner ganzen Ausdehnung umstößt.

---

[5]) l. 8 § 8. l. 19. l. 17 pr. l. 27 § 3 D. h. t.

[6]) So aus den Rechtsquellen l. 15 § 2. l. 24 D. h. t.; l. 76 pr. D. de legat. II° (31). l. 12 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. l. 13 C. h. t. 3. 28. — Vergl. wegen der im Text erwähnten Fälle Francke S. 299. Mühlenbruch 35 S. 393 ff.

[7]) Vergl. den Text bei Anm. 3.

[8]) l. 15 § 2 D. fam. erc. 10. 2.

Mit Hinweis darauf, daß eine solche Entscheidung die gesetzliche Erbfolge begründet, bemerkt Ulpian in l. 6 § 1 D. h. t., der Sieg nütze nicht dem Kläger, sondern den in Wahrheit zur gesetzlichen Erbfolge Berechtigten[9]). Anders scheint derselbe Jurist den Fall zu entscheiden, wo ein solcher Nichtberechtigter nur eine theilweise Aufhebung des Testaments erzielt; er sagt davon in l. 25 § 1 D. h. t.: Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querellam instituat (et obtineat ins. Momms.), dicendum est, quia testamentum pro parte valet et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querellam instituisse.

Man erklärt heutzutage nahezu allgemein den Gegensatz dieses Ausspruchs gegen den in l. 6 § 1 cit. daraus, daß das Testament nach letzterer Stelle im ganzen Umfange, nach l. 25 § 1 cit. nur zu einem Bruchtheil aufgehoben werde. Dabei wird meist betont, im zweiten Fall werde die gesetzliche Erbfolge nicht eröffnet[10]): eben deshalb behalte der nicht zur Querel berechtigte, weil nachstehende Verwandte den ihm irrthümlich zugesprochenen Erbtheil. Ich kann diese Auslegung nicht zutreffend finden. Die Quellen sprechen es mehrfach mit Bestimmtheit aus, daß auch bei theilweiser Rescission des Testaments in deren Umfange gesetzliche Erbfolge eintritt[11]). Und will man etwa dem Nichtberechtigten den erstrittenen Erbtheil auch gegenüber wirklichen Pflichttheilsberechtigten lassen, deren gesetzlicher Erbtheil die ganze Erbschaft umfaßt, und die ihr Querelrecht noch in keiner Weise verloren haben? Ulpian begründet seinen Ausspruch mit den Worten: „quia testamentum pro parte valet *et praecedentes eum personae exclusae sunt*.“ Das sind zwei einander er-

---

[9]) Daß es ungewiß ist, ob der Jurist die Abforderung der Erbschaft Seitens des (unberechtigten) Klägers oder ein Urtheil auf die reine Querel voraussetzt, ist im § 47 unter B. 4 bemerkt. Vergl. S. 413.

[10]) Francke S. 300 f. Mühlenbruch 35 S. 422—425. Vangerow II § 479 Anm. 1 unter C., besonders nachdrücklich Huschke, rhein. Museum. VI S. 340 bei Anm. 136.

[11]) Vergl. z. B. *Papin. l. 15 § 2 D. h. t.*: — credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri. *Paul. l. 19 eod.*: — secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur —. Vergl. l. 13 C. eod.

gänzende Gründe: der letzte enthält die Voraussetzung, daß die vorausgehenden Notherben enterbt sind[12]), der erste aber hebt hervor, daß die Enterbungen in Geltung bleiben, weil das Testament nur theilweise umgestoßen ist[13]). Eben darin liegt das unterscheidende Moment gegenüber der Entscheidung in l. 6 § 1 cit.: diese setzt völlige Vernichtung des letzten Willens voraus, folgeweise würden selbst solche Pflichttheilsberechtigte, die an sich gültig enterbt wären, dem Sieger die Erbschaft abfordern können. Befugt aber, in solcher Weise mit der einfachen Erbschaftsklage das Vermögen an sich zu bringen, erscheinen nicht blos Notherben, sondern alle mit nächster gesetzlicher Erbberechtigung ausgerüsteten Personen[14]).

2. Bei den jetzt zu besprechenden Nebenverfügungen kommen überall nur die negativen Wirkungen der Querel, somit der Einfluß in Frage, den die von der Klage ausgehende Beseitigung des Testaments ausübt: dieser Einfluß aber ist ein verschiedener, je nachdem das Testament vollständig oder nur theilweise aufgehoben wird[15]).

Die Vermächtnisse fallen bei gänzlicher Aufhebung des Testaments vollständig weg, bei theilweiser insoweit, als gesetzliche Erbfolge Platz greift[16]). Ist in letzterem Falle der vermachte Gegenstand untheilbar, z. B. die Bestellung einer Grunddienstbarkeit, so ist zwar die ganze Leistung vom Testamentserben zu fordern, dieser aber kommt mit antheiliger Werthsleistung ab. Und wenn der Notherbe zur Beschaffung der vollen Leistung mitzuwirken bereit ist, so geschieht damit dem Vermächtnißnehmer Genüge; zudem muß dieser dem Notherben

---

[12]) Vergl. Bas. 39. 1. 21 schol. 2. Auch Bekker, Actionen I S. 275 Anm. 6 führt mit Recht die l. 25 § 1 cit. für den Satz an, daß bei theilweiser Aufhebung des Testaments die Enterbungen bestehen bleiben.

[13]) Ulp. l. 12 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. Si filius patroni exheredatus *in partem optinuerit de inofficioso*, in partem victus sit, videamus, an noceat ei exheredatio. et nocere arbitror, quia testamentum valet, (a del. *Momms.*) quo exheredatus est.

[14]) So schon Mühlenbruch S. 423 f. (Bei diesem findet sich auch S. 425 ff. die Frage erörtert, wie zu verfahren ist, wenn einem wirklich zur Querel berechtigten Notherben irrthümlich mehr zuerkannt wird, als ihm gebührt).

[15]) Zum Folgenden ist, wo nicht besondere Verweisungen gegeben sind, auf die Schriften von Francke S. 302 ff. Mühlenbruch S. 363 ff. Bezug zu nehmen.

[16]) l. 8 § 16. l. 28 in f. D. h. t. Vergl. auch l. 13 D. eod. l. 36 D. de legat. III° (32).

zu dessen Theil den Werth vergüten[16b]). — Auch Freilassungen wurden bei gänzlicher Aufhebung des Testaments hinfällig; bei theilweiser Aufhebung dagegen blieben sie bestehen[17]). Daß letzteren Falls der durch Fideicommiß mit der Freiheit Bedachte den Notherben hätte entschädigen müssen, ergibt sich aus den Quellen nicht[18]). Fideicommissarische Freilassungen ließ man auch unangetastet, wenn der Testamentserbe die Freilassung schon vollzogen hatte: doch gebührte dem Notherben eine Entschädigung von 200 aurei für jeden Sclaven[19]). Gleiches trat bei jeder Freilassung ein, wenn der Querel aus besonderen Gründen nach Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist stattgegeben wurde[20]).

Der allerdings mehrfach eingeschränkte Grundgedanke bleibt bei diesen Bestimmungen, daß die Nebenverfügungen des Testaments mit der Erbeseinsetzung hinfällig werden. Darin liegt eine Anwendung des schon im § 47 unter B. 7 (S. 415 f.) berührten Satzes, daß das rechtskräftige Urtheil auf die Querel in ausgedehntem Maße auch für dritte, nicht beim Proceß betheiligte Personen wirksam wird. Eben mit Rücksicht hierauf haben Vermächtnißnehmer wie Freigelassene ein wesentliches Interesse an dem wider den Testamentserben anhängig gemachten Streit: das Recht gestattet ihnen zu interveniren und sich eines Rechtsmittels wider das jenem Erben ungünstige Erkenntniß zu

---

[16b]) l. 76 pr. D. de legat. II° (31).

[17]) l. 8 § 16. l. 28 citt.; l. 76 pr. D. de legat. II° (31). l. 32 C. h. t. l. 6 D. de dot. collat. 37. 7.

[18]) Man beruft sich gegenüber den Stellen der vorigen Anmerkung, die von einer solchen Einschränkung nichts enthalten, auf l. 29 D. de exc. rei jud. 44. 2 und die Art, wie dieser Ausspruch in den Basiliken wiedergegeben ist (Bas. 51. 2, 26). So glo. victoris ad h. l. *Pothier* lib. 44 tit. 2 n. 19 in not. Mühlenbruch 35 S. 391 f. Indessen wird man in l. 29 pr. cit. den Satz: „Nam cum alterum" — bis „competere placuit" — als Parenthese zu nehmen haben. Vergl. Keller, Lit.-Cont. S. 408 Anm. 22.

[19]) So wird die l. 9 D. h. t. mit Rücksicht auf l. 4 C. eod. zu beschränken sein. Vergl. Mühlenbruch S. 390 Anm. 2.

[20]) l. 8 § 17 D. h. t. — Erwähnt mag hierbei werden, was Ulpian l. 26 D. h. t. über den Fall äußert, wo der unter der Bedingung der Freilassung eines eignen Sclaven eingesetzte Testamentserbe die Bedingung erfüllt hat: ihm ist der Werth des Freigelassenen zu vergüten, wenn das Testament für ein inofficiosum oder injustum erklärt wird. — Vergl. im Uebrigen wegen der Rückforderung des zur Erfüllung einer Bedingung Gegebenen l. 2 D. de cond. c. d. 12. 4.

bedienen[21]). Völlig unberührt aber bleiben die Rechte der Vermächtnißnehmer wie der Freigelassenen, wenn das wider den Testamentserben ergangene Urtheil ein Contumacialbescheid oder durch seine ihm zur Arglist oder groben Fahrlässigkeit zuzurechnende schlechte Proceßführung hervorgerufen ist[22]). Wenn in l. 17 § 1 D. h. t. in Bezug auf das Contumacialurtheil gesagt wird: „et ideo libertates competunt et legata petuntur", so soll damit dem Notherben die Befugniß nicht abgeschnitten werden, sich solchen Berechtigten gegenüber selbständig auf die Inofficiosität zu berufen. Die unmittelbar an die l. 17 cit. angehängte l. 18 eod. führt jenen Satz auf ein Rescript der divi fratres zurück: in diesem aber, wie es in l. 14 § 1 D. de appell. 49. 1 enthalten ist, lesen wir nur:

— quare his, qui testamento libertates vel legata vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset judicatum: et ideo adversus eum qui vicit permittimus eis agere[23]):

Hat der Testamentserbe Vermächtnisse erfüllt, die durch die Beseitigung des letzten Willens ungültig werden, so wird sein Rechtsverhältniß zum Notherben nach den Grundsätzen der Erbschaftsklage beurtheilt. Erfüllte er in gutem Glauben, was meist bei Erfüllung vor der Einleitung der Querel zutreffen wird, so kann er nicht über die Bereicherung hinaus in Anspruch genommen werden, der Notherbe muß sich daher die condictio indebiti gegen den Empfänger genügen und das etwa aus dem eignen Vermögen des Testamentserben Geleistete an der Erbschaft kürzen lassen. Erfolgte die Erfüllung zu einer Zeit, wo der Testamentserbe sich sagen mußte,

---

21) l. 5 § 1. 2. l. 14 pr. D. de appell. 49. 1. Wenn die Berechtigung in l. 5 § 1. l. 14 pr. citt. den Bedachten unter der Voraussetzung gewährt wird, „si querantur per collusionem pronuntiatum", „si suspicantur non ex fide heredem causam agere", so wird damit die regelmäßige Veranlassung für deren Theilnahme am Proceß bezeichnet, gewiß aber keine Bedingung, wie denn ein Beweis einer solchen Beschwerde sicher nicht zu verlangen ist. Vergl. Francke S. 307; abweichend Mühlenbruch S. 377.

22) l. 17 § 1. l. 18 D. h. t. l. 50 § 1 D. de legat. I° (30). l. 5 § 1. l. 14 pr. § 1 D. de appell. 49. 1. Ueber den Begriff des „lusorie agere" Keller a. a. O. S. 388 ff. Anm. 12. Mühlenbruch S. 376 f. Anm. 71.

23) Uebereinstimmend l. 50 § 1 cit.: — *nihil hoc nocebit* legatariis. (Grade so l. 14 § 1 cit. im Eingang.) Vergl. Francke S. 308 f. Mühlenbruch S. 377 f.

daß das Testament umgestoßen werden könne, — und das muß er sich nach begonnenem Querelstreit stets sagen, — so hat derselbe dem Sieger voll gerecht zu werden und seinerseits die Condiction gegen die Empfänger durchzuführen [24]). Auch in diesem zweiten Fall ist ja immer nicht von wissentlicher Leistung einer Nichtschuld zu reden. — Wenn während des Processes mit dem Notherben von den Vermächtnißnehmern Befriedigung gefordert wird, so kann ihnen diese nicht vom Testamentserben vorenthalten werden: aber sie müssen Sicherstellung wegen eventueller Rückerstattung gewähren. Die auf diese Weise begründeten Forderungen sind dem Notherben abzutreten, wenn dieser die Vernichtung des letzten Willens erlangt [25]).

In den Fällen, in welchen der Pflichttheilsberechtigte sich auf die Condiction wider die Vermächtnißnehmer anweisen lassen muß, steht ihm diese als utilis ohne Weiteres zu [26]).

3. Die im angefochtenen Testament enthaltene Pupillarsubstitution bleibt gültig, wenn dasselbe nur theilweise beseitigt wird [27]).

4. Der Fall, wo dem pflichtwidrigen Testament die Codicillarclausel beigegeben ist, wird in den Quellen in zwei Stellen behandelt, — l. 13 D. h. t. von Scävola mit Note des Paulus und l. 36 D. de legat. III°. (32), einer Note des Claudius gleichfalls zu Scävola. Beide Stellen sprechen bestimmt den Satz aus, daß Verfügungen eines Testaments, welches mittelst der Querel umgestoßen wird, auch nicht durch die Codicillarclausel aufrecht erhalten werden können [28]). Allein mit Recht hat man in neuerer Zeit darauf aufmerksam gemacht, daß daraus noch nicht die völlige

---

24) Vergl. l. 8 § 16 D. h. t. l. 17 D. de H. P. 5. 3. l. 2 § 1 — l. 5 D. de cond. indeb. 12. 6.

25) l. 17 cit. l. 4 D. si cui plus 35. 3. l. 12 pr. C. de pet. her. 3. 31.

26) l. 17 cit. l. 2 § 1 — l. 5 citt.

27) l. 8 § 5 D. h. t. l. 31 pr. D. de vulg. 28. 6.

28) Dabei scheint mir Mühlenbruch (S. 571 f. Anm. 64) gegen Francke S. 306 f. Anm. 25 im Recht, wenn er bestreitet, daß Scävola eine andere Ansicht unterhalten habe, als Paulus und Tryphonin. Was aber die Construction des Rechtsfalls in l. 13 cit. betrifft, bezüglich dessen die verschiedenen aufgestellten Erklärungsversuche bei Mühlenbruch S. 368—371 dargestellt sind, so scheint mir die beiweitem annehmbarste Ansicht die von Cujaz — rec. in lib. III Scaev. resp. ad h. l. VI. 731 —, wonach man im Eingang des Fragments umzustellen hat: „Titia filium heredem instituit, filiae legatum dedit. — Von dem Verhältniß dieser Stelle zu Nov. 115 ist an gegenwärtigem Orte nicht zu handeln.

Unwirksamkeit der Clausel gefolgert werden kann[29]): die Testamentserben können sich deren Vortheile sichern, wenn sie nicht aus dem Testament antreten. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Ist einmal die Querel existent geworden, so hat freilich der Pflichttheilsberechtigte einen unentziehbaren Anspruch auf den vollen gesetzlichen Erbtheil. Allein jenes Recht ist, wie wir früher zeigten, erst im Augenblick des Erbschaftserwerbs des Testamentserben vollständig begründet[30]). Daher verhindern die Testamentserben die Querel, indem sie von jenem Erbschaftserwerb Abstand nehmen und kraft der Clausel die ihnen zu Lasten der gesetzlichen Erben gemachten Zuwendungen wählen. Der letzte Wille ist dann so zu behandeln, als hätte der Erblasser von vorn herein nur eine codicillarische Verfügung getroffen[31]).

§ 51.

2. Wirkungen der Querel beim Vorhandensein einer Mehrheit von Pflichttheilsberechtigten oder von Testamentserben *).

I. Schon im § 50 (S. 436) ist der Fall berührt, wo mehrere Testamentserben vorhanden sind, denen ein Pflichttheilsberechtigter gegenübersteht. Klagt dieser nur gegen einen oder einzelne der Testamentserben, so hat das Urtheil auf die rechtliche Lage der nicht mitbelangten Erben keinen Einfluß[1]). Ohne Be-

---

[29]) So Fein, Forts. von Glück 45 S. 812. Vangerow II § 527 Anm. 2 unter 1. a. Windscheid III § 631 bei Anm. 10.

[30]) Vergl. § 46 unter V (S. 392). Dazu § 39 unter II. A. (S. 319.)

[31]) In der heutigen Praxis scheint die im Text erwähnte Frage selten zur Entscheidung zu gelangen; die in Seuffert's Archiv mitgetheilten Urtheile behandeln sämmtlich die Clausel in Anwendung auf ein wegen Uebergehung eines Notherben nichtiges Testament. Unter ihnen sind für die Wirksamkeit 3. 355 (Dresden), 5. 205. (Kiel), 8. 70 und 10. 274. 28. 43. (Celle), — gegen dieselbe ist 19. 247. (Wolfenbüttel). Von allen diesen Entscheidungen berühren nur zwei in der Begründung das pflichtwidrige Testament, bei dem vom Standpunkt der Querel Unwirksamkeit der Clausel angenommen wird, — doch ohne Eingehen auf die Einzelheiten: es sind dies 3. 355. 28. 43.

*) Mühlenbruch 35 S. 393—397. 40 S. 154—156. S. 158—164. Huschke im Rhein. Mus. VI S. 339 ff. Vangerow II § 479 Anm. 1 unter 2. Windscheid III § 584 a—c. Hartmann S. 24—27.

[1]) Paul. l. 19 D. h. t.: — et ideo ab extraneo semissem vindicandum —, secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur —. l. 25 § 1 D. eod.

deutung ist hierbei der Grund, um dessen willen der Kläger seine Klage auf einzelne eingesetzte Erben beschränkt: dieser mag lediglich in dessen freiem Entschluß beruhen, oder darin, daß ein Erfolg gegenüber den einzelnen nicht belangten Erben nicht zu erwarten ist, weil diese selbst gesetzliche Erben und nur mit dem Intestaterbtheil bedacht sind, — oder weil umgekehrt Kläger zu den Geschwistern des Erblassers gehört und nur dem einzelnen Erben gegenüber durchbringen kann [2]). — Ferner steht der Fall mit der gegenwärtigen Untersuchung nicht in Verbindung, wo der Notherbe wider die mehreren eingesetzten Erben geklagt, es aber nicht gegenüber allen zu einem ihm günstigen Urtheil gebracht hat [3]). Hier kann nach dem Einfluß des ihm günstigen Urtheils auf das Rechtsverhältniß der übrigen Testamentserben nicht gefragt werden, da in Anwendung auf diese eine gesonderte Entscheidung (oder ein Verzicht) vorliegt. — Der obige Satz, daß die Wirkung des Urtheils auf die Beklagten beschränkt bleibt, wider welche dasselbe ergangen ist, entspricht ebensowohl dem Wesen der Rechtskraft, wie den Anforderungen des billigen Rechts; die in der Rescission des Testaments liegende Rechtsentziehung darf nur wider Diejenigen wirksam werden, gegen welche sie erkannt ist.

II. Lebhaft gestritten wird über die Frage, ob beim Vorhandensein einer Mehrheit von Pflichttheilsberechtigten das von dem einen erlangte günstige Urtheil auch den übrigen zum Vortheil gereichen kann. Drei Ansichten sind es, welche dabei in der Theorie zu Tage treten [4]): die herrschende Meinung beschränkt die Beseitigung des Testaments und die daraus entspringende gesetzliche Erbfolge auf Diejenigen, welche das Urtheil erstritten haben [5]); — umgekehrt wird von anderer Seite angenommen, die Rescission erfolge zu Gunsten aller gesetzlichen, wenngleich nicht beim Proceß betheiligten Erben, namentlich auch der gültig enterbten, der mit dem Pflichttheil bedachten, der Erben ohne Pflichttheilsberechtigung [6]); — eine dritte Ansicht unterscheidet: sie nimmt die ausgedehnteste

[2]) Vergl. l. 19. 24 D. h. t. l. 27 C. h. t.

[3]) Vergl. die Stellen im § 50 Anm. 6.

[4]) Litteratur bei Vangerow II § 479 Anm. 2 a. Hartmann S. 24—27.

[5]) So u. A. Francke S. 299. Hartmann und Vangerow a. d. a. OO. Windscheid III § 584 unter b.

[6]) So z. B. Huschke, rhein. Museum VI S. 339—356. Sintenis, Civ.-R. III § 199 Anm. 9.

Wirksamkeit an bei der lediglich rescindirenden Querel, die beschränktere bei der mit der Erbschaftsklage verbundenen Querel [7]). — Wir entscheiden uns ohne Bedenken für die herrschende Lehre, die hier kurz begründet werden soll [8]).

Verwerflich erscheint vor Allem die dritte, unterscheidende Meinung. Daß die Ausdehnung des zu Gunsten des einen gesetzlichen Erben ergehenden Urtheils auf andere dem Wesen der Rechtskraft zuwiderlaufen würde, liegt auf der Hand. Auch durch die Grundsätze bei Präjudicien aber, auf die man sich beruft, wird dieselbe nicht gerechtfertigt. Denn die singuläre Erweiterung der einer rechtskräftigen Entscheidung zukommenden Geltung auf dritte Personen ist nur bestimmten Präjudicien eigen (denen über den Status der Freien, der Freigebornen und über den an ein Familienverhältniß anknüpfenden Rechtszustand) [9]); es handelt sich also dabei nicht um einen Rechtssatz, welcher schon mit dem Begriff des Präjudicium gegeben wäre. Sodann kommen aber selbst dort als ferner berechtigte Personen nur solche in Frage, denen ein vom Rechtsverhältniß der im Proceß befangenen Partei abhängiges Recht zusteht [10]). Demnach würde in unserm Falle die Behauptung, daß das Erkenntniß für andere gesetzliche Erben wirksam sei, sich nicht auf das Recht der Statusklagen stützen können, da doch diese Erben eine von der Erbberechtigung des klagenden Notherben völlig unabhängige Berechtigung in Anspruch nehmen. Ueberdies ist die Querel wesentlich von den Präjudicien verschieden [11]); es erscheint daher mißlich, für sie aus den Grundsätzen über die Letzteren etwas ableiten zu wollen.

Ich komme zu der Ansicht, welche alle gesetzlichen Erben durch den von einem einzelnen Notherben erstrittenen Sieg in der Querel gegenüber dem Testamentserben berechtigt werden läßt. Der namhafteste Versuch einer Begründung dieser Lehre ist der, welchen Huschke auf der Grundlage des Satzes „nemo pro parte testatus,

---

7) So z. B. Fabricius, bon. possessio S. 150 in Anm. 205.

8) Vergl. zum Folgenden die Ausführungen bei Vangerow, Hartmann und Windscheid a. d. a. OO. Dazu Mühlenbruch in Glück's Comment. 40 S. 154 ff.

9) Vergl. den Text des § 47 bei den Anmerk. 49—52 (S. 416 f.).

10) So die Kinder des in seiner Freiheit Angefochtenen: l. 42 C. de liber. caus. 7. 16, verglichen mit l. 23 § 2 D. eod. 40. 12, oder des für freigeboren Erklärten: l. 3 C. de ingen. man. 7. 14.

11) Vergl. § 46 unter VI S. 393 f.

pro parte intestatus decedere potest" unternommen hat (Anm. 6). Huschke behauptet mit Recht die Geltung der Regel auch gegenüber der Anfechtung des Testaments wegen Pflichtwidrigkeit; aber er vernachlässigt ihr gegenüber die Schranken der verbindlichen Kraft rechtskräftiger Erkenntnisse. Nach ihm soll zwar auf Seiten des Verklagten das Erkenntniß auf die Querel nicht weiter reichen, als dessen Recht reicht, er läßt deshalb gegenüber dem Theilerben nur theilweise Umstoßung des Testaments eintreten (S. 341. 348 f.). Der Kläger aber trüge, auch wenn er nur zu einem Theil gesetzlicher Erbe wäre, stets auf Beseitigung des ganzen Testaments an, theilweise Beseitigung wäre ein absurdes Verlangen; auch ginge der Richter, wenn er für den Querelkläger entschiede, von der Ungültigkeit des ganzen Testaments aus (S. 341 ff.). Auffällig ist dabei, daß Huschke den Gegenstand des Processes vom Standpunkt der beiden Parteien aus verschieden bestimmt: auf Seiten des Klägers sieht er ihn in der Nichtigkeit des Testaments und der auf Grund derselben eintretenden Intestaterbfolge (S. 343), — auf Seiten des Beklagten fehlte es nach ihm an einer „Untheilbarkeit des Objects", der eigentliche Grund der Beklagtenrolle läge im besessenen Erbtheil. (S. 349 f.).

Es ist hier nicht zu betonen, daß wir den Testamentserben auch ohne Erbschaftsbesitz der Querel haften lassen: entschieden aber muß hervorgehoben werden, daß lediglich das „testamentum inofficiosum esse" den Gegenstand der Querel als solcher bildet. Die Beseitigung des Testaments ist nur Folge der richterlichen Bejahung jener vom Querelkläger verfochtenen Rechtsbehauptung. Nun aber stützt sich das Verlangen nach Anerkennung der Inofficiosität auf die Inanspruchnahme des bestimmten gesetzlichen Erbtheils Seitens des Klägers. Dieser Satz wird in den Quellen so nachdrücklich ausgesprochen[12]), daß er nicht allein wahr sein muß, wo die Querel neben der Erbschaftsklage auftritt, wo also bei den Römern in der legis actio jener Theil vindicirt wurde, sondern auch bei der völlig gesondert eingeleiteten Querel: denn auch bei Letzterer ist jedenfalls vor dem erkennenden Richter (nach classischem Recht vor den Centumvirn) die Erbberechtigung und deren Umfang darzulegen. Daraus ist dann zu folgern, daß auch der Spruch des Richters auf „testamentum inofficiosum esse" nur dem Kläger die Erlangung jenes Erbtheils ermöglichen wollte, mochte immer der Beklagte Alleinerbe sein.

---

[12]) l. 8 § 8. l. 17 pr. l. 19 D. h. t.

Eine weitere Stütze für diesen Satz gewährt der Umstand, daß nicht allein auf der Seite des Beklagten, sondern auch auf der des Klägers vor der Anstellung der Querel eine Erwerbshandlung in Ansehung der Erbschaft verlangt wird[13]), wenn auch diese auf klägerischer Seite, wie im § 52 zu zeigen ist, nur eine vorläufige ist. Mindestens einen Antheil aber hat an diesem Erforderniß auf der Seite des Klägers jedenfalls die Thatsache, daß das Centumviralgericht nicht zu einem das Testament vernichtenden Erkenntniß schreiten mochte, so lange nicht die Gewißheit des Erwerbs des Notherben bestand[14]). Ist nun aber diese Erwerbshandlung, wie begreiflich, nur dem Kläger und nicht den neben diesem stehenden gesetzlichen Erben anzusinnen, so dürfte folgen, daß auch die Beseitigung des Testaments nur im Umfang des klägerischen Erbtheils, nicht rücksichtlich der Theile der Miterben, eintrat.

Schon von anderer Seite ist hervorgehoben, daß für die herrschende Ansicht aus dem unter I besprochenen Recht in Ansehung einer Mehrheit von Testamentserben ein Beweis entnommen werden darf: wird dort die Regel „nemo pro parte" cet. durch die Grundsätze über die Rechtskraft des Erkenntnisses eingeschränkt, so kann in unserm Falle das Vorkommen des gleichen Rechtszustandes nicht befremden. Einen besseren Beweis gewährt der in den Quellen klar vorliegende Satz — auch auf ihn hat man schon verwiesen —, daß der Notherbe gegenüber dem vom Erblasser zum Alleinerben ernannten Mitpflichttheilsberechtigten die Beseitigung des Testaments nur im Umfang des eigenen gesetzlichen Erbtheils erwirken kann[15]). Forderte wirklich die Rechtsconsequenz die völlige Vernichtung des Testa-

---

[13]) Vergl. Sever. l. 2 C. h. t. 3. 28. Quamvis de inofficioso testamento *acturum te* bonorum possessionem accepisse proponas —. Freilich war diese bonor. poss. litis ordinandae gratia für den Civilerben nicht erforderlich, aber daß sie zur Klage des prätorischen Erben verlangt wurde, ist Beweis genug für den Satz des Textes. Beim Civilerben war auf alle Fälle die Antretungshandlung in der Anstellung der Klage zu finden. Vergl. wegen desselben Constantin. l. 1 C. Th. h. t. 2. 19: et germanis tantummodo fratribus — *sine auxilio praetoris* petitionis aditus reseretur.

[14]) So Arndts II S. 580. — Neben dem im Text besprochenen Grunde wird die Rücksicht eingewirkt haben, daß der Kläger in der meist mit der Querel verbundenen Vindication die Erbschaft als ihm schon jetzt zuständig in Anspruch zu nehmen hatte, dazu aber eine Erwerbshandlung Voraussetzung war.

[15]) l. 16 pr. D. h. t. l. 6. 7 D. de dot. collat. 37. 7. Hartmann S. 25.

ments, so war doch davon im vorliegenden Fall am wenigsten abzugehen: der eingesetzte Notherbe litt ja nicht darunter, da er auch als gesetzlicher Erbe zur Erbfolge kommen mußte.

Zu prüfen ist schließlich, welche Bedeutung der l. 16 pr. D. h. t. (vergl. Anm. 15) bei unsrer Frage zukommt. Papinian äußert: Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante (de triente? Momms.) egit et optinuit, filia, quae non egit aut non optinuit, in hereditate legitima (fratri) non concurrit.

Nach Windscheid (Anm. 5 cit.) soll darin ein directes Zeugniß für die diesseitige Ansicht liegen: der Jurist soll sagen, die Schwester, welche nicht geklagt oder doch nicht gesiegt habe, werde überhaupt nicht zur Erbfolge zugelassen, — also es werde ihr nicht blos ein Antheil an dem vom ausgeschlossenen Bruder erstrittenen gesetzlichen Erbtheil abgesprochen. Das scheint mir nicht in Papinian's Worten zu liegen: der enterbte Bruder hat mit der Pflichttheilsklage seinen Erbtheil gegenüber dem eingesetzten Bruder erstritten: diesen Erfolg des Processes soll ihm die auf den nämlichen Weg verwiesene Schwester nicht verkürzen[16]). Einen indirecten Beweis dagegen liefert die l. 16 cit.: hätte die Schwester sich dem Testamentserben gegenüber auf das vom Bruder erstrittene Erkenntniß berufen können, so hätte die Frage geringe Bedeutung gehabt, ob ihr der ausgeschlossene Bruder einen Theil der gewonnenen Quote abzutreten hatte.

§ 52.

E. Verhältniß der Querel zur Delation und zum Erwerb der gesetzlichen Erbfolge.

I. Die bisherige Darstellung des Pflichttheilsrechts hat mehrfach im Zusammenhang verwandter Lehren das Verhältniß der Querel zu den Grundsätzen über Delation und Erwerb der gesetzlichen Erbfolge berührt[1]). Dieses Verhältniß ist jetzt näher in's Auge zu fassen.

Auszugehen ist davon, daß die Querel die Beseitigung des Testaments, damit die Herbeiführung der gesetzlichen Erbfolge zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten bezweckt. Da nun die gesetzliche Erbfolge erst deferirt wird, sobald feststeht, daß eine Beerbung auf

---

[16]) So schon Bas. 39. 1. 13 schol. 1. — Weiter wird von der Stelle im § 53 gehandelt werden.

[1]) Vergl. S. 265 ff. S. 389. S. 436. S. 446.

Grund des Testaments nicht stattfindet, so scheint die Annahme unabweislich, daß dem Notherben erst bei rechtskräftig erkannter Aufhebung des Testaments deferirt wird. Daran ist in der That festzuhalten; indessen muß der Satz gegenüber einigen Zweifelsgründen und dem Recht der Querel angehörigen regelwidrigen Erscheinungen vollständig sichergestellt werden.

Zunächst darf nicht beirren, daß bei der patronatischen Pflichttheilsberechtigung die mit der bon. poss. contra tabulas gegebene gesetzliche Erbfolge in einem früheren Zeitpunkt — dem der Antretung der Erbschaft durch die Testamentserben — deferirt wird[2]). Denn zur Geltendmachung der Berechtigung des Patrons bedarf es keiner Vorbereitung durch Beseitigung des entgegenstehenden letzten Willens: die Delation tritt ohne Weiteres ein, sobald mit jener Antretung die Ausschließung des Patrons vollendet ist, der Letztere aber erwirbt seinen Erbtheil durch einfache Agnition der bonor. possessio.

Auch darin könnte man einen Anstoß finden wollen, daß zur Anstellung der Querel eine dieser voraufgehende oder mit ihr selbst gegebene Erwerbshandlung des Notherben in Ansehung der Erbschaft gefordert wird[3]). Muß nicht, damit ein solcher Erwerb möglich sei, die Delation der Erbschaft vor der Erhebung der Querel erfolgen? Diesem Bedenken ist durch die schon im § 51 angedeutete Annahme zu begegnen, daß hier eine blos vorläufige Erwerbshandlung vorliegt, die man wohl forderte, theils weil eine Beseitigung des Testaments unthunlich erschien, wo der Erwerb Desjenigen, in dessen Interesse man rescindirte, noch ausbleiben konnte, — theils weil der Querelkläger neben dem Angriff auf das Testament vor dem Prätor die Vindication der Erbschaft vornehmen oder doch vor den Centumvirn sich auf seine Erbberechtigung als eine gegenwärtige berufen mußte. Allem Anschein nach bildet auch dieser Erwerb ein Glied in der Reihe von Gedanken, vermöge deren processualisch der erst durch das Erkenntniß zu schaffende Zustand als ein von vornherein vorhandener und nur vom Recht anzuerkennender dargestellt wurde. Denn so wurde vom Kläger vor den Centumvirn nur von Pflichtwidrigkeit des Testaments geredet, die dann vermöge des Anstrichs des Wahnsinns für einen Ungültigungsgrund des letzten

---

2) l. 3 § 5. 12. l. 36. l. 42 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. Vergl. § 39 bei Anm. 59.

3) Vergl. § 51 bei Anm. 13. (S. 446).

Willens ausgegeben wurde. Die Rescission des Letzteren wurde weder ausdrücklich in der legis actio gefordert, noch im Erkenntniß ausgesprochen: hier wie dort wurde sie durch Auslegung als Folge des „inofficiosum esse" hingestellt. Und wieder machte der color insaniae in Verbindung mit der spätestens an der Schwelle des Processes gegebenen Erwerbshandlung des Klägers dessen Vindication des Vermögens als eines ihm zur Zeit schon zuständigen möglich.

Mit der entwickelten Gedankenreihe steht ein anderer Umstand in Verbindung, der gleichfalls einen Einwurf gegen unsre Verlegung der Delation auf die Zeit des rechtskräftigen Erkenntnisses über die Querel veranlassen könnte. Wird die Rescission des Testaments ausgesprochen, so wird Alles so gehalten, als wäre der Notherbe mit dem Tode des Erblassers zur Erbfolge gelangt, der in der Mitte liegende Erwerb des Testamentserben niemals erfolgt[4]). Hat dies Bedeutung für die Bestimmung des Zeitpunkts, in welchem deferirt wird? Gewiß nicht: das römische Recht behandelt ja auch sonst den Erwerb des Erben, zu welcher Zeit er stattfinden möge, als hätte er zur Zeit des Todes des Erblassers stattgefunden[5]). Zudem begreift es sich leicht, daß man in unserm Falle diesen Gedanken scharf ausprägte: richtete sich doch nach der Auffassung des Rechts die vernichtende Kraft des richterlichen Spruchs gegen den im letzten Willen gelegenen Delationsgrund der testamentarischen Erbfolge.

II. Bezüglich des Verhältnisses der Querel zum Erbschaftserwerb genügen wenige Worte, da Letzterer schon unter I mehrfach berührt werden mußte. Vorhin wurde bemerkt, daß die Einleitung der Querel eine Erwerbshandlung des Klägers erfordert. Auf Grund von dieser wird der Pflichttheilsberechtigte, sobald er eine ihm günstige richterliche Entscheidung erzielt hat, ohne Weiteres Erbe, also Träger aller erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten[6]). Hierin tritt jene Handlung an die Seite der bonor. possessio, wie sie dem unter

[4]) l. 21 § 2 D. l. 22 C. h. t. (So gilt, wie beide Stellen aussprechen, die Confusion der zwischen dem Testamentserben und der Erbschaft bestehenden Forderungen als nicht eingetreten).

[5]) l. 54 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 138 pr. D. de R. J. 50. 17. Weitere Stellen bei Schirmer I S. 67 Anm. 9.

[6]) Vergl. § 50, Text bei Anm. 3 und 4 (S. 435). Dazu l. 8 § 16 D. h. t.: — et suus heres erit, secundum quem judicatum est, et bonorum possessor, si hoc se contendit. Leist, Forts. von Glück II S. 260 f.

einer (noch schwebenden) Bedingung zur Erbfolge Gerufenen ertheilt wird, nur daß zwar unsre Erwerbshandlung, nicht aber die bon. possessio den Uebergang der noch nicht erworbenen Erbschaft auf die Erben vermittelt, — ferner an die Seite der bon. poss. decretalis, wie sie etwa dem eingesetzten Haussohn oder Emancipirten ertheilt wird, der wegen in Aussicht stehender Geburt eines (übergangenen) Postumus weder auf Grund des Testaments noch kraft gesetzlicher Erbfolge erwerben kann [7]).

Wenn soeben bemerkt wurde, daß die auf die Erbschaft gerichtete Erwerbshandlung des Notherben den Uebergang der Querel und der durch diese zur Geltung zu bringenden gesetzlichen Erbberechtigung auf die Erben des Pflichttheilsberechtigten zu vermitteln geeignet ist, so ist dies in Einem Punkte zu berichtigen. Behufs des Uebergangs der Querel bedarf es noch eines andern, übrigens meist in der nämlichen Handlung beschlossenen Moments: der Notherbe muß den Willen bethätigen, die im Ausschluß von der Erbfolge liegende Kränkung aufzunehmen [8]). Von der sich hiernach ergebenden doppelten Willensäußerung ist näher im § 56 zu reden.

Noch ist die Anknüpfung an eine andere, sogleich (§ 53 unter I) zu behandelnde Lehre aufzuweisen. Indem schon vom Tode des Erblassers an eine vorläufige Erwerbshandlung (zur Vorbereitung der Pflichttheilsklage wie zur Sicherung des Uebergangs auf die Erben) zugelassen wurde, mußte es sich von selbst ergeben, daß man bei einer Mehrheit von Notherben auch die Möglichkeit der Anwachsung von eben jenem Zeitpunkt ab annahm.

§ 53.

F. Anwachsung und Succession bei der Querel.

I. Im Recht der Querel tritt eine Anwachsung auf [1]), kraft deren ein an sich nur nach Maßgabe seines gesetzlichen Erbtheils zur

[7]) l. 84 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 4 § 3. l. 5 D. de B. P. co. tab. 37. 4.

[8]) Nur in Einem Falle wird begrifflich für den Uebergang der Querel auf die Erben nur die auf die Verfolgung der Kränkung gerichtete Willensäußerung, nicht auch noch eine Erwerbshandlung verlangt, — dann nämlich, wenn der Notherbe suus des Erblassers ist: l. 7. D. h. t. Dies hat für die uns gegenwärtig beschäftigende Function der Erwerbshandlung als einer Voraussetzung für die Einleitung des Querelstreits keine Bedeutung, da doch thatsächlich immer in der Einleitung, ja in der Vorbereitung des Processes Seitens des suus die Bedingungen einer Erwerbshandlung gegeben sind.

[1]) Francke S. 270—276, verbunden mit S. 257—259. Mühlenbruch 35 S. 399—421. Vangerow II § 480 Anm. 1.

Querel Berechtigter die Beseitigung des Testaments sowie demnächst die Herausgabe der Erbschaft in einem über jenen Erbtheil hinausreichenden Umfange verlangen kann. Die dürftigen Zeugnisse über das Institut, wie sie sich in den Quellen darbieten, haben mehrfach zu Streit Veranlassung gegeben. An Aussprüchen, welche die Anwachsung speciell in Anwendung auf die Querel erwähnen, sind nur die folgenden zwei vorhanden:

a. Paul. l. 17 pr. D. h. t. Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt.

Im Fortgang der Stelle wird bemerkt: habe von zwei enterbten Kindern das eine geklagt und (bei vorliegendem Verzichtswillen des andern) die ganze Erbschaft vindicirt, so könnte man zwar entgegenhalten, daß dasselbe seinen Anspruch zu weit ausgedehnt habe, da nach Beseitigung des Testaments auch das andre Kind zur gesetzlichen Erbfolge gerufen werde; indessen stehe dem Kläger (einem solchen Einwande des Testamentserben gegenüber) die Berufung auf das rechtskräftige Erkenntniß zur Seite [2]).

b. Derselbe Jurist lehrt in l. 23 § 2 D. eod.:

Si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt *et unus postea constituit non agere*, pars ejus alteri adcrescit. idemque erit, *et si tempore exclusus sit.*

Streitig ist hier, ob das durch die Stellen bezeugte Rechtsinstitut gleich den sonstigen Anwendungen der Anwachsung den Erbtheil des ausfallenden Notherben zum Gegenstand hat, oder ob das Querelrecht anwächst. Weiter sind die einzelnen Fälle bestritten, in denen die Anwachsung auftritt.

A. Ich will sofort eine Antwort auf jene erste Frage nach dem Gegenstande der Anwachsung zu gewinnen suchen. Nach meiner Ansicht wächst der mit Hülfe der Querel zu erlangende Erbtheil an [3]); daß der Erwerbende zugleich die Querel erlangt, ohne die begreiflich die Anwachsung des Erbtheils regelmäßig bedeutungslos

---

[2]) Vergl. § 47 unter I B. 1 (S. 408), wo die Stelle besprochen ist.

[3]) So die wohl noch heutzutage herrschende Ansicht. Vergl. Francke S. 271. Vangerow II § 480. Anm. 1 unter 1, auch Brinz II § 201 unter 4 (S. 843). Die Meinung, welche die Anwachsung auf die Querel bezieht, vertheidigt Mühlenbruch S. 401. 406—411; zustimmend anscheinend Windscheid III § 584 unter b., besonders Anm. 25.

wäre, ist nur Folge davon, daß in Ansehung dieses Erbtheils die Voraussetzungen der Querel beim Tode des Erblassers begründet waren, und daß der Erwerber selbst querelberechtigt ist. Für diese Auffassung sprechen vornehmlich zwei Gründe.

Soviel muß jede Ansicht annehmen, daß der Erbtheil oder doch auch der Erbtheil, wenn auch als ein erst durch die Beseitigung des letzten Willens zu erlangender, anwächst. Wer das leugnen wollte, würde nicht anzugeben vermögen, auf welchem Wege der Erbe zu jenem Erbtheil käme: die Querel schafft doch keine Erbberechtigung, sondern ist Folge einer solchen. Nun läßt sich aber aus jener Anwachsung des Erbtheils die Entstehung des auf diesen gerichteten Querelrechts in der Person des Erwerbers vollkommen erklären, ohne daß man die Thatsache eines Uebergangs dieses Rechts von dem einen auf den andern Erben zur Hülfe nehmen müßte: zur Erklärung dienen folgende Umstände.

Sofort mit dem Tode des Erblassers steht fest, welchen nächsten Blutsverwandten desselben in diesem einzelnen Erbfall Pflichttheilsberechtigung zukommt: für die nicht bedachten Notherben ist mit eben jenem Zeitpunkt, und noch bevor ihr Querelrecht mit dem Erbschaftserwerb der Testamentserben vollständig entstanden ist, die Befugniß begründet, die Querel vorzubereiten und eine auf die Antretung der Erbschaft gerichtete (vorläufige) Erwerbshandlung vorzunehmen, — Beides vor Allem zu dem Zweck, den Uebergang von Querel und Erbtheil auf ihre Erben zu sichern[4]). Sind nun mehrere in jener Weise verletzte Notherben vorhanden, so sind diese insofern mit einander verbunden, als für sie sämmtlich im Umfange der ihnen zustehenden gesetzlichen Erbberechtigung die gesetzliche Erbfolge durch die Querel in's Leben zu rufen ist, — sie bilden danach einen abgeschlossenen Kreis von Erben, im Gegensatz der Testamentserben. Dem Wesen aller Erbfolge entsprechend aber muß innerhalb dieses Kreises Anwachsung und zwar zufolge des Gegensatzes gegen die testamentarische Erbfolge eine die Testamentserben ausschließende Anwachsung stattfinden. Gegenstand derselben aber ist der durch die Querel zu gewinnende gesetzliche Erbtheil: der Erwerber hat die Querel, weil bei diesem Erbtheil von Anfang an dem Pflichttheilsrecht entgegengehandelt war, und weil er selbst zu den Personen gehört,

---

4) Vergl. einstweilen § 51.

für welche dem Testament zuwider die gesetzliche Erbfolge herbeizuführen ist. — Damit dürfte die Möglichkeit einer Querel des Erwerbers aufgezeigt sein, ohne daß man diese als vom ausscheidenden Notherben auf den Erwerber übergegangen denken müßte.

Der zweite Grund ist dieser. Anwachsung findet statt bei Ausfall des zunächst Berechtigten durch Verzicht, Verjährung, Tod oder Verlust der Erbfähigkeit [5]). Das sind eben so viele Gründe eines Wegfalls der Querel (vergl. die §§ 54—56); es ist aber nicht zu sagen, wie trotz eines solchen Untergangs das Querelrecht, wäre es auch bereits in der Person des Verlierenden vorhanden gewesen, auf den Erwerber sollte übergehen können.

Mühlenbruch (S. 410 f.) setzt der hier vertheidigten Ansicht die folgenden Argumente entgegen. Vorerst macht er geltend, wo nach den Grundsätzen der gewöhnlichen, alle Erbberechtigung begleitenden Anwachsung ein Erbtheil erworben werde, geschehe dies mit Rechtsnothwendigkeit, selbst nach dem Tode des Berechtigten [6]); dagegen müsse dem Querelkläger überlassen bleiben, ob er seinen Anspruch über den ursprünglichen gesetzlichen Erbtheil hinaus ausdehnen wolle, auch sei gewiß nicht zu sagen, daß das Recht auf das Anwachsende auf die Erben überginge. — Wäre das zuzugeben, so ließe sich immer sagen: darin liegt eine Singularität des Pflichttheilsrechts, die nicht im Mindesten leichter begreiflich wird, wenn man die Anwachsung, statt auf den Erbtheil, auf die Querel bezieht. Indessen hat Mühlenbruch nur zu einem geringen Theile Recht. Da der Notherbe erst seiner gesetzlichen Erbberechtigung durch die Querel Raum schaffen muß, so hat er es allerdings in der Hand, ob er diese Klage auf den ursprünglichen Erbtheil beschränken oder auf den zweiten Theil ausdehnen will. Allein wenn die Anwachsung vor dem Rechtsstreit oder im Laufe desselben erfolgt, und wenn es dem Testamentserben wünschenswerth ist, auch von dem der Anwachsung unterliegenden Erbtheil frei zu werden [7]), so wüßte ich nicht, warum derselbe nicht mittelst einer exceptio doli die Abnahme dieses zweiten

---

[5]) Verzicht und Verjährung: l. 17 pr. l. 23 § 2 citt. — Tod des Berechtigten sowie Verlust der Erbfähigkeit vermöge der Analogie der beiden ersten Gründe.

[6]) So in der That l. 31. l. 53 § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. un. § 10 C. de cad. toll. 6. 51. l. 9 D. de suis 38. 16.

[7]) Dies wird sich selten von einem Testamentserben sagen lassen, der es auf den Proceß über die Querel ankommen läßt.

Theils sollte erzwingen können. Ebensowenig nehme ich Anstand, aus der Natur der Anwachsung die Folgerung zu ziehen, daß dieselbe sich auch in unserem Falle noch in der Person der Erben des Pflichttheilsberechtigten vollzieht, — auch bei ihnen in dem Maße, daß sie der genannten exceptio unterliegen. Tritt freilich die Anwachsung erst nach beendigtem Querelstreit ein, so fehlt es an einem Mittel für den Testamentserben, die Abnahme des zweiten Erbtheils durchzusetzen [8]): aber dies ist nicht Folge davon, daß in unsrer Lehre der von Mühlenbruch behauptete Begriff der Anwachsung zur Anwendung käme, sondern lediglich Folge davon, daß hier der Erbschaftserwerb durch die voraufgehende Querel vermittelt wird.

Ohne Bedeutung ist Mühlenbruch's zweiter Einwurf. Die diesseitige Auffassung des Begriffs der Anwachsung soll zu einem falschen Ergebniß führen, wenn der ausfallende Notherbe Bruder des Erblassers war, der sich (abgesehen von concurrirenden Notherben) einem bescholtenen und einem unbescholtenen Testamentserben gegenübergestellt fand. Mühlenbruch macht geltend, nach richtiger Ansicht könne hier nur anwachsen, was mit der Querel gefordert werden durfte, und doch müsse die Ansicht, welche den gesetzlichen Erbtheil als Gegenstand der Anwachsung behandle, den vollen Erbtheil des Bruders accresciren lassen. Diese Consequenz ist einfach zu bestreiten. Gleich Mühlenbruch lassen wir Anwachsung nur bei Erbtheilen zu, in Ansehung deren die Querel begründet war: kommt diese nun blos für eine Quote des einzelnen Erbtheils zur Entstehung, so kann auch nur diese Quote anwachsen.

B. Um zu bestimmen, in welchen Fällen die dem Pflichttheilsrecht eigenthümliche Anwachsung wirksam wird, ist mit einigen Worten auf deren Wesen einzugehen.

Da das Pflichttheilsrecht die gesetzliche Erbberechtigung des Notherben zur Geltung bringen will, so kann hier von einer Anwachsung nicht vor dem Tode des Erblassers die Rede sein. Denn alle Anwachsung setzt das Dasein von Erbtheilen und das Dasein einer Mehrheit von Erbtheilen voraus: beim Pflichttheilsrecht aber sind die Personen der Notherben, damit auch die von diesen in An-

[8]) Ebensowenig können in dem vorausgesetzten Falle Erbschaftsgläubiger den Notherben rücksichtlich des anwachsenden Theils in Anspruch nehmen: denn das Urtheil auf die Querel hat das Testament nur insoweit beseitigt, als dies vom Kläger beantragt war.

spruch zu nehmenden gesetzlichen Erbtheile erst mit dem Tode des Erblassers gegeben[9]).

Mit dieser Thatsache ist die andere zu verbinden, welche unter A zur Darstellung der Art und Weise entwickelt wurde, in welcher die Querel für den durch Anwachsung Erwerbenden begründet wird. Es handelt sich auf dem Gebiet des Pflichttheilsrechts lediglich um die gesetzliche Erbberechtigung der Verwandten, denen der Pflichttheil vom Erblasser vorenthalten ist, — damit um einen abgeschlossenen, zu den Testamentserben im Gegensatz stehenden Kreis gesetzlicher Erben. Auf eben diesen Kreis beschränkt sich die hier zu besprechende Anwachsung: eine solche kann daher nur erzeugt werden, indem nach des Erblassers Tode, doch vor erfolgtem (wenn auch nur vorläufigem) Erwerb von Erbtheil und Querel einer dieser querelberechtigten Notherben wegfällt. Damit ergeben sich die schon unter A genannten Gründe der Anwachsung: der Verzicht, Tod oder Verlust der Erbfähigkeit in der Person des zunächst Berechtigten, die Verjährung seines Querelrechts[10]). Das Gebiet dieser Gründe wird besser erkennbar, indem es zugleich negativ abgegrenzt wird. Es findet keine Anwachsung statt rücksichtlich der Erbtheile der einzelnen Testamentserben, demzufolge aber auch nicht bezüglich der enterbten oder wegen ihres Pflichttheils durch Zuwendungen des Erblassers abgefundenen Notherben, — auch nicht bezüglich der Theile von gesetzlichen Erben ohne Notherbenberechtigung; denn über alle diese Theile ist wirksam zu Gunsten der Testamentserben verfügt.

Auch für das soeben gezeichnete eingeschränkte Gebiet der Anwachsung ist noch eine Ausnahme anzuerkennen: sie ist gegeben, wenn ein zunächst berufener Notherbe mit seiner Querel rechtskräftig abgewiesen ist. Auf Grund dieser richterlichen Entscheidung ist dem betreffenden Erbtheil der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache angeheftet, dieser stellt sich jedem andern Erben entgegen, der sich auf Anwachsung berufen wollte, da ja ein solcher Erbe den Erbtheil nur im Widerspruch mit dem rechtskräftigen Erkenntniß durch eine neue Querel an sich bringen könnte. So klar die Frage liegt,

---

[9]) Anders Francke S. 273 f.: derselbe betont den Zeitpunkt, wo mit der Vernichtung des Testaments die gesetzliche Erbfolge eröffnet wird: hier sind in den zu beanspruchenden Erbtheilen schon die Ergebnisse der Anwachsung enthalten.

[10]) Vergl. Anm. 5.

so hat es doch nicht an einzelnen abweichenden Stimmen gefehlt[11]); gestützt hat man sich dabei auf die Aeußerungen Papinian's in l. 16 D. h. t. — einer Stelle, die schon § 51 unter II (S. 447) besprochen ist. Hier heißt es:

Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante (de triente? Momms.) egit et optinuit, filia, quae non egit aut non optinuit, in hereditate legitima (fratri del. Momms.) non concurrit.

Zwei Punkte sind es vornehmlich, auf die es bei der Stelle ankommt. Was heißt „de parte ante"? Gewiß haben die Worte eben den Sinn, welcher durch die von der Mommsen'schen Ausgabe vorgeschlagene Textesverbesserung („de triente") angedeutet wird. Danach hat der Sohn nicht etwa nach seiner Schwester und nach erfolgter Zurückweisung derselben geklagt, sondern er hat sich von vorn herein auf seinen gesetzlichen Erbtheil beschränkt: ein Drittel, da der eine Bruder eingesetzt, der andere gleich der Schwester enterbt war. In Uebereinstimmung damit ist ferner das „filia quae *non egit* aut *non optinuit*" nicht von einem Verzicht oder einem der Klage des Bruders voraufgehenden Unterliegen der Schwester im Querelstreit zu verstehen; vielmehr will der erste Ausdruck nur besagen, daß die Tochter bisher eine Klage nicht angebracht hatte, der zweite geht auf einen Proceßverlust, der nach dem vom Bruder erstrittenen günstigen Urtheil erfolgte[12]). — Hieraus erhellt, daß l. 16 cit. überall nicht von Anwachsung, am wenigsten von der Anwachsung eines durch rechtskräftigen Bescheid aberkannten Querelrechts handelt.

Aber auch die obige Regel, wonach die Anwachsung auf die Erbtheile solcher wirklicher Notherben zu beschränken ist, welche aus den oben bezeichneten Gründen nach dem Tode des Erblassers wegfallen, hat Widerspruch gefunden. Einzelne Schriftsteller haben allgemein Anwachsung behauptet rücksichtlich der Erbtheile Derjenigen, welche die Querel nicht erheben wollen oder können, — mit Ausnahme nur etwa des Notherben, dem der Pflichttheil gewährt ist[13]). Demnach wäre insbesondere bezüglich derjenigen Theile Anwachsung ge-

---

[11]) Vergl. die litterarischen Angaben bei Mühlenbruch S. 411—414.

[12]) So von den Neueren Francke S. 275 f. Mühlenbruch S. 412—414. Vangerow II § 480 Anm. 1 unter 1 a. E.

[13]) So Mayer, Erbrecht I § 86 Anm. 13. Weitere litterarische Angaben bei Vangerow a. a. O.

geben, welche auf Verwandte mit gesetzlicher Erbberechtigung ohne Notherbenrecht oder auf die gültig Enterbten fielen. Von unserm Standpunkt betrachtet gehen die Fälle über die Grenzen der Anwachsung hinaus, da bei ihnen nicht von einem Wegfall nach dem Tode des Erblassers geredet werden kann. Es kommt hinzu, daß der Erbtheil des Enterbten und bestimmt auch des einfachen Intestaterben nach den Quellen bei der Ermittlung des gesetzlichen Erbtheils wie des Pflichttheils des Notherben in Anschlag gebracht wird[14]). Läßt man ihn so mindernd auf den Anspruch des Notherben einwirken, so ist nicht daran zu denken, daß er demselben als Zuwachs zugewiesen würde. — Auch die Meinung, welche bei siegreicher Durchführung der Querel durch den einzelnen Notherben das Erkenntniß zu Gunsten der übrigen zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Verwandten wirken läßt (der Enterbten, der gültig Abgefundenen u. s. f.)[15]), muß bei hinzutretendem Wegfall einzelner von diesen Intestaterben eine Anwachsung anerkennen, welche die von uns oben beschriebenen Grenzen überschreitet. Gegenüber jener Auffassung ist auf unsre Bemerkungen im § 51 unter II Bezug zu nehmen.

Zum Abschluß dieser Ausführungen bemerke ich mit einigen Worten, was die Quellen über die Anwachsung bei der bon. possessio contra tabulas des Patrons enthalten. Sie bieten uns den allgemeinen Ausspruch, daß bei Nichterwerb der bonor. possessio Seitens des einen Patrons Anwachsung eintritt[16]). Besondere Anwendungen — den Verlust des Pflichttheilsanspruchs Seitens des einen Patrons zur Strafe und den Tod eines Patrons — würde man nach Schmidt[17]) in der folgenden l. 24 de bon. libert. 38. 2 von Julian zu finden haben:

Communi liberto si ex duobus patronis alter jusjurandum exegerit (adegerit? Momms.), ne uxorem ducat[18]), vel vivo liberto

---

[14]) l. 8 § 8 D. h. t. Mühlenbruch S. 400 ff. — Vergl. oben den § 37 unter I.

[15]) So Huschke, rhein. Museum VI S. 344 ff.

[16]) Julian. l. 21 D. de bon. libert. 38. 2. Ex tribus patronis *uno cessante* bonorum possessionem petere —. Ulp. l. 4 § 1 D. si quid in fraud. 38. 5 — sed si (qui ins. Momms.) *viriles non petent* —. Vergl. auch l. 21 § 2 D. de jure patron. 37. 14.

[17]) Pflichtth.-R. S. 40 Anm. 17.

[18]) Ueber diesen Fall Schmidt S. 49 unter a, verbunden mit S. 55 Anm. 60; über die Stelle dens. S. 40 f. Anm. 17.

decesserit: is qui extra hanc culpam fuerit vel supervixerit *partis utrique debitae bonorum possessionem solus habebit.*

Ich nehme Anstand, mich dieser Auffassung anzuschließen. Jedenfalls sagt Julian nichts von einer Anwachsung, und in der That läßt sich von einer solchen nach dem, was wir im Eingang von B über den Begriff der Anwachsung in Anwendung auf die Pflichttheilsberechtigung ausgeführt haben, bei den in der Stelle erörterten Fällen nicht reden. Der Mitpatron ist bei Lebzeiten des Freigelassenen das eine Mal durch widerrechtliches Handeln der Aussicht auf den Pflichttheil verlustig geworden, das andere Mal verstorben. Demnach ist weder hier noch dort ein Pflichttheilsanspruch in seiner Person zur Entstehung gekommen; denn erst mit dem Tode des Freigelassenen bestimmt sich, wem Pflichttheilsberechtigung zukommt[19]).

In den Fällen der l. 24 cit. erhält der zweite Patron die volle Hälfte des Nachlasses lediglich darum, weil er keinen zweiten Pflichttheilsberechtigten neben sich findet[20]).

Das beim patronatischen Pflichttheilsrecht vorliegende Quellenmaterial kann nach dem soeben Bemerkten unsre Kenntniß von dieser besonderen Anwendung des Anwachsungsrechts nicht erweitern.

II. Succession bei der Querel[21]). Schon das classische Recht hat eine Aufeinanderfolge der Pflichttheilsklagen der mehreren hinter einander stehenden Notherben anerkannt: bleibt die Querel des in erster Linie Berechtigten aus, so ist dem zunächst hinter ihm Stehenden die gleiche Klage nicht zu versagen. So allgemein Paul. l. 31 pr. D. h. t.

Si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est. et placuit posse, ut fiat successioni locus.

Der Ausdruck der Stelle „nolit aut non possit accusare" deckt alle Gründe eines Wegfalls des Erstberufenen, es mag derselbe auf dessen Willen beruhen (Verzicht, absichtliches Verjährenlassen der Querel), oder ohne solchen Willen sich mit Nothwendigkeit vollziehen

---

[19]) Vergl. § 36 unter III und Schmidt selbst S. 37 f.

[20]) Zu erwähnen ist etwa noch die Anwachsung bei der assignatio liberti in l. 3 § 7 — l. 5 pr. D. de assign. lib. 38. 4. Diese beschränkt sich indessen nicht auf die patronatische Pflichttheilsberechtigung.

[21]) Francke S. 276—285. Mühlenbruch 35 S. 475—480. Vangerow II § 480 Anm. 2.

(gültige Ausschließung — nicht beabsichtigte Verjährung — Abweisung durch Richterspruch — Tod des Berechtigten). Wie uns die Worte der Aeußerung einladen, derselben diese allgemeine Bedeutung unterzulegen, so fordert zu einer gleichen Ausdehnung des Rechtssatzes eine einzelne in den Quellen vorkommende Anwendung und die Analogie des Rechts bei der Pflichttheilsberechtigung des Patrons auf. Von Letzterer kann erst an späterer Stelle geredet werden; die Einzelentscheidung bietet uns Papinian's l. 14 D. h. t. Ein Emancipirter stirbt mit Hinterlassung eines in der Gewalt des Großvaters verbliebenen und eines nach der Emancipation erzeugten Sohnes: in seinem Testament werden beide Kinder enterbt, der Vater des Erblassers wird übergangen. Hier sind zunächst nur die Söhne querelberechtigt; *werden sie rechtskräftig abgewiesen*, so steht dem Vater die Querel zu. Daß die Abweisung des Nächstberechtigten durch Richterspruch den entfernter Stehenden zur Klage ruft, muß in der That als Beweis für die weite Ausdehnung der Succession angesehen werden. Die *Anwachsung* hatten wir oben im Fall rechtskräftiger Abweisung des einzelnen Notherben zu versagen (S. 455 f.); der bei dieser besonderen Anwendung hervortretende Gegensatz des Rechts der Succession erklärt sich daraus, daß bei der Succession überall nichts auf den nachfolgenden Berechtigten übergeht, — weder Querel noch Erbberechtigung: Letzterer stützt sich lediglich auf die *eigne* Berechtigung. Darum kann ihm das dem andern Notherben ungünstige Erkenntniß nicht entgegengehalten werden.

Der in den Sätzen über die Succession zur Erscheinung kommende Gedanke ist oft genug ausgesprochen: hat auch der Erblasser gerechten Grund zur Ausschließung des nächsten Notherben, so stehen ihm noch immer *die unmittelbar auf diesen folgenden Blutsverwandten* mit Pflichttheilsberechtigung so nahe, daß ihm deren Bedenkung zuzumuthen ist: andernfalls trifft ihn doch der Vorwurf eines lieblosen Vergebens seines Vermögens. Erkennt man hierin den treibenden Gedanken des Instituts, so wird man sich leicht zu einer Einschränkung der demselben entsprechenden Regel entschließen: eine Succession in die Querel tritt nicht ein, *wenn dem Verwandten, welcher sich zur Zeit des Todes des Erblassers als dessen nächster Notherbe darstellt, der Pflichttheil zugewendet ist*, — ja nach Justinianischem Recht genügt mit Rücksicht auf die Ergänzungsklage ein irgendwelches Bedenken jenes Noth-

erben. Indem der Erblasser dem Ansinnen des Rechts in Anwendung auf diesen Notherben entspricht, sichert er sich für den Rest des Vermögens die freie Verfügung. Es ist auch ohne Weiteres zu erkennen, daß die Pflichttheilsberechtigungen leicht den Bestand des Vermögens überschreiten würden, wenn man jene Beschränkung der Succession nicht gelten lassen wollte. (Vergl. § 36 S. 274.)

Wie schon angedeutet wurde, ist die Person, zu welcher vermöge unsres Instituts die Querel fortschreitet, der an erster Stelle auf den ausgeschlossenen Erben folgende Pflichttheilsberechtigte. Pflichttheilsberechtigung aber erfordert gesetzliche Erbberechtigung: darum scheint zu folgen, daß nur der als nunmehriger Berechtigter gelten kann, welchem die nächste Intestatberechtigung hinter dem Ausgeschlossenen zukommt, daß ein Notherbe nicht zugelassen wird, der zwischen sich und dem ersten Notherben einen gesetzlichen Erben ohne Pflichttheilsberechtigung vorfindet[22]). Ohne Einschränkung ist weder diese Lehre[23]) zu lassen, noch der allgemeine Satz, daß der keine Querel hat, dem ein gesetzlicher Erbe ohne Pflichttheilsrecht vorgeht. Wenn eine Erblasserin ihr Kind übergeht, so müßte sie ihre Eltern bedenken, um ihren letzten Willen gegen die Querel zu sichern: wenn aber der Erblasser das vollbürtige Bruderskind übergeht, so hätte sich der gleichfalls übergangene Halbbruder vom Vater her trotz der Einsetzung bescholtener Erben bei seiner Ausschließung zu beruhigen? Was in aller Welt soll die Unterscheidung begründen? Etwa der Umstand, daß der gesetzliche Erbe ohne Notherbenberechtigung keine Querel hat? In Folge davon steht freilich von vorn herein fest, daß er das Testament nicht anfechten kann: aber damit läßt sich doch unmöglich rechtfertigen, daß seine Uebergehung die Succession des in der nächstfolgenden Stelle stehenden Notherben weniger begründen sollte, wie die gültige Uebergehung eines Pflichttheilsberechtigten (z. B. des vollbürtigen Bruders). Wir glauben demnach die herrschende Lehre in folgender Weise beschränken zu müssen. Man hat den Nachdruck auf das Bedenken des gesetzlichen Erben ohne Notherbenberechtigung zu legen. Wo ein solches vorliegt, muß die Succession ausgeschlossen werden, ähnlich wie

[22]) Beispiel: auf den ausgeschlossenen Sohn folgt das Kind eines verstorbenen halbbürtigen Bruders, — erst auf diesen ein Halbbruder von der Vaterseite.

[23]) Francke S. 202 f. 279. Mühlenbruch 35 S. 146. Vangerow II § 480 Anm. 2.

dies oben bei der Bedenkung des zuerst berufenen Notherben dargelegt wurde: ist dagegen jener gesetzliche Erbe **nicht bedacht**, so darf nach unsrer Ansicht die Succession nicht versagt werden.

Man hat mehrfach darauf aufmerksam gemacht, daß in der Succession ein **regelwidriges** Recht zur Erscheinung kommt[24]). Wenn die Querel des vermöge der Succession eintretenden Notherben das ganze Testament umstößt, so muß dies dessen ganzen Inhalt vernichten, **namentlich auch die Enterbungen**[25]): müßte danach nicht der wenngleich aus gerechtem Grunde im Testament ausgeschlossene voraufgehende Notherbe dem Sieger vermöge seiner besseren gesetzlichen Erbberechtigung die Erbschaft wieder abnehmen können? Daß dies nicht angeht, zeigt die l. 14 D. h. t. Hier hat das auf die Querel der beiden einzigen Söhne des Erblassers ergangene abweisende Erkenntniß offenbar deren Enterbung für begründet angenommen, die nunmehr zugelassene Querel des Vaters aber muß die Beseitigung des letzten Willens **in seinem ganzen Umfange** zur Folge haben: und doch ist nach der Fassung der Stelle nicht daran zu denken, daß der Vater die Erbschaft wieder an die Söhne (seine Enkel) verlieren könnte.

Gegenüber diesen Sätzen muß nach zwei Seiten hin eine Aufklärung gesucht werden. Es ist zu sagen, wie der nachstehende, mit der Querel durchdringende Notherbe die Erbschaftsklage des ihm an sich in der gesetzlichen Erbfolge vorgehenden Pflichttheilsberechtigten zurückweist; — sodann ist anzugeben, in welcher Weise die Römer die singuläre Wirksamkeit der Enterbungen, bei aufgehobenem Testament, gerechtfertigt haben mögen. Auf die erste Frage findet sich eine Antwort bei **Francke**[26]): dieser verleiht dem nachstehenden Notherben gegen die Klage des voraufgehenden die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache **aus dem in seiner Klagesache wider den Testamentserben** ergangenen Erkenntniß. Dieser Einwand, in welchem offenbar abermals ein **regelwidriger** Rechtssatz zu erkennen wäre, wird aus l. 17 pr. D. h. t. abgeleitet. Francke's Ansicht erscheint unannehmbar. Die von der Anwachsung bei der Querel handelnde l. 17 cit. berührt das Bedenken, daß der einzelne

[24]) **Francke** S. 280, verglichen mit S. 265 f. **Mühlenbruch** S. 474. **Vangerow** a. a. O.

[25]) l. 20 pr. D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 12 § 5 D. de bon. libert. 38. 2.

[26]) Recht der Notherben S. 281 verglichen mit S. 266.

Notherbe, der bei Verzicht eines zweiten sich mit Hülfe der Querel die ganze Erbschaft verschaffe, anscheinend zuviel vindicirt habe, da zu der mit der Pflichttheilsklage eröffneten gesetzlichen Erbfolge auch der Verzichtende gerufen werde. Mit Rücksicht hierauf wird dann allerdings geäußert, der Sieger könne sich auf das rechtskräftige Erkenntniß berufen; allein dabei ist an die Zurückweisung von Einwürfen des Testamentserben zu denken, nicht an eine Erbschaftsklage des andern Pflichttheilsberechtigten [27]).

Wie mir scheint, ist unsre auf die Succession bezügliche Frage dahin zu beantworten. Da die Römer den Schritt gethan hatten, die Querel von dem ausgeschlossenen nächsten Berechtigten auf den ferner stehenden in dessen Interesse fortschreiten zu lassen, so verstand es sich von selbst, daß dieser im Wege der Jurisdiction gegen Ansprüche des ersten zu schützen war. War der erste Notherbe mit der Querel gegen den Testamentserben zurückgewiesen, so wird man ihm die Klage wider den später mit Erfolg aufgetretenen nachstehenden Notherben versagt haben; lag eine Abweisung im Proceß nicht vor, so half man wohl mit einer exceptio in factum, die hervorhob, daß und warum der jetzige Kläger mit der Querel nichts hätte ausrichten können.

Auf die andre Frage, wie die Römer die Aufrechthaltung der Enterbung bei völlig umgestoßenem Testament wissenschaftlich gerechtfertigt haben mögen [27b]), ist im Grunde die Antwort in dem soeben Gesagten enthalten: hatte man das Princip der Succession angenommen, so war es eine unabweisliche Folge, daß ein Ausschließungsgrund, der einmal ein Fortschreiten der Querel zu einem an späterer Stelle Stehenden begründet hatte, nicht durch die demnächst von diesem neuen Berechtigten mit der Querel erzielten Erfolge entkräftet werden konnte.

Hinzuzufügen ist, daß der Anstoß zu der ausgedehnten Zulassung der Succession bei der Querel wohl von der bon. poss. contra tabulas des Patrons ausgegangen ist. Es soll unten gezeigt werden,

---

[27]) Vergl. Hartmann S. 18.

[27b]) Wenn Vangerow a. a. O. zur Erklärung der im Text erörterten Erscheinung bemerkt, man scheine den Satz „exheredatus pro mortuo habetur“ zur Anwendung gebracht zu haben, so wird durch diese aus den Quellen nicht zu begründende Annahme Nichts gefördert. Denn damit hätten die Römer nur eine Fiction aufgestellt, die den Rechtssatz selbst in keiner Weise begreiflicher machte.

daß dort die Succession sich naturgemäß in weitestem Umfange geltend macht: die Uebertragung auf die Querel konnte auf besondere Schwierigkeiten nicht stoßen, da dieses Rechtsmittel sich — vor Allem in der ausgedehnten Betonung der Cognation, in dem dem Richter offen gelassenen freien Ermessen — als eine sehr biegsame Rechtsbildung erweist. Bei jenem prätorischen Institut aber war von vorn herein daran nicht zu denken, daß dem entfernteren Pflichttheilsberechtigten das ihm einmal zugefallene Vermögen durch einen voraufgehenden, aus irgend welchem Grunde gültig ausgeschlossenen Berechtigten wieder abgenommen werden konnte. Der Entferntere erhielt ja die bonor. possessio nur dann, wenn der Voraufgehende nicht zu dieser gelangte.

Wir haben im Eingang dieser auf die Succession bezüglichen Erörterung ausgeführt, daß dieselbe allgemein eintritt, mag der Wegfall des zunächst berechtigten Notherben nach dessen Willen oder im Widerspruch mit demselben erfolgen; nunmehr ist die Ausdehnung des Instituts nach einer andern Seite hin in's Auge zu fassen. Man hat darüber gestritten, ob auf dem Gebiet der Querel nur eine successio ordinum oder auch eine *successio graduum* stattfinde[28]). Ueber den Grundsatz, durch den man sich bei dieser Frage leiten zu lassen hat, kann man nicht zweifeln. Die Aufeinanderfolge der Berechtigten bei der Querel ruht auf der Grundlage der entsprechenden Succession bei der gesetzlichen Erbfolge. Da nun jedenfalls bis auf Justinian eine successio graduum selbst in der prätorischen Erbfolgeordnung nur in beschränktem Maße anerkannt war, so mußte sich während des gleichen Zeitraums die Succession bei der Querel ebenfalls in engen Grenzen bewegen[29]). So erklärt sich die l. 34 C. h. t.: Justinian bemerkt, nach bisherigem Recht sei ein Enkel, dessen zur Querel gegen das (groß)väterliche Testament berechtigter Vater während des Deliberirens des eingesetzten Erben gestorben sei, ohne die Klage vorbereitet zu haben, schutzlos geblieben; im Gegensatz dazu wird dann zu Gunsten der Descendenten eines solchen im Notherbenrecht gekränkten Kindes unbedingte Transmission des Querelrechts zugelassen. Dieses Gesetz ist vom Standpunkt eines Rechts geschrieben, welches die Succession der Grade in der Classe Unde liberi

[28]) Vergl. über diese Frage Glück VII S. 380 ff. Francke S. 281—285.
[29]) Vergl. Francke S. 281 f. Mühlenbruch S. 475 ff. Vangerow a. a. O.

nicht kannte[30]). Weiter wird anerkannt werden müssen, daß bei der Erbfolge der Descendenten bis zur Nov. 118 die successio graduum nicht zur Geltung gekommen war. Für das Gegentheil darf man sich nicht auf die l. 3 C. Unde lib. 6. 14 (aus l. 5 C. Th. de bon. mat. 8. 18) berufen: die Stelle redet aller Wahrscheinlichkeit nach von der Nachfolge des Enkels in der Classe Unde cognati[31]). — Ohne Zweifel aber besteht allgemein Succession der Grade nach Nov. 118; darum würden wir sagen müssen, daß nun auch bei der materiellen Notherbfolge in gleicher Ausdehnung Succession der Grade stattfinde.

Allein mit dem Bisherigen ist die angeregte Frage nicht erledigt, dieselbe kann auch an gegenwärtiger Stelle nicht zum Abschluß gebracht, ihre spätere Beantwortung kann hier nur vorbereitet werden. Denn vor der Nov. 118 liegt die tief in das Notherbenrecht einschneidende Nov. 115, die Fragen aber, ob nach letzterem Gesetz eine Querel von Descendenten und Ascendenten und inwiefern unter solchen Notherben eine Succession stattfindet, müssen bis zur Erörterung des Rechts der Nov. 115 ausgesetzt werden[32]).

Es ist jetzt ein Blick auf die Pflichttheilsberechtigung des Patron's zu werfen. Die Römer beuten hier ohne Anstand das Recht der *bonor. possessio* (contra tabulas) aus, sie wenden daher das successorium edictum an[33]). Damit ist deutlich ausgesprochen, daß der

---

[30]) Erörtert bei Vangerow II § 407 Anm. Vergl. auch Joh. Merkel, von der successio graduum unter Intestaterben (1876) S. 44—46.

[31]) Zu der Stelle die ausführlichen dogmengeschichtlichen Nachrichten bei Merkel S. 24—44. Vergl. namentlich das dort (S. 35. 39. 42) wegen der Ansichten von *Jac. Gothofredus* und von Büchel Bemerkte.

[32]) Nur auf eine Aeußerung aus der einheimischen Praxis soll vorläufig hingewiesen werden. Das O.-A.-G. zu Wiesbaden (Seuffert, Arch. 18. 153) läßt in einem Erkenntniß vom 15. Juni 1849 die Succession nach Gradesnähe für die Pflichttheilsberechtigung in dem nämlichen Umfange zu, in welchem sie bei der gesetzlichen Erbfolge gilt, — damit auch für die Classe der Descendenten. Dem Satze wird gleiche Geltung beigelegt, man möge als Rechtsmittel der Descendenten die Querel oder die s. g. Nullitätsquerel des neueren Rechts behandeln.

[33]) Pompon. l. 2 pr. D. de bon. libert. 38. 2. Si patronus a liberto praeteritus bonorum possessionem petere potuerit contra tabulas et antequam peteret decesserit vel dies ei bonorum possessionis agnoscendae praeterierit, liberi ejus vel alterius patroni petere poterunt ex illa parte edicti, qua, primis non petentibus aut etiam nolentibus ad se pertinere, sequentibus datur, atque si priores ex eo numero non essent. Auf den engen Zusammenhang der hier gebrauchten Ausdrücke mit dem successorium edictum (l. 1 § 10 D. de

Succession bei der Pflichttheilsberechtigung der gleiche Vorgang bei der gesetzlichen Erbfolge zum Vorbild dient. Allein das Gebiet der Succession reicht hier noch über den Kreis der zu dieser eigenthümlichen bon. poss. contra tabulas gerufenen Personen hinaus. Es ist ein bekannter Satz des patronatischen Pflichttheilsrechts, daß die Kinder des Freigelassenen den Patron ausschließen, wenn sie in irgendwelcher Weise Erben des Vaters werden[34]). Dies gilt nicht allein, wenn sie, weil nach Grundsätzen des formellen Notherbenrechts verletzt, die (gemeine) bon. poss. contra tabulas erbeten haben, sondern auch dann, wenn sie formell gehörig enterbt, daher auf die Querel beschränkt sind[35]). Wird aber Letztere wegen gerechtfertigter Ausschließung zurückgewiesen, so kommt es zur bonor. possessio des Patrons[36]). Unverkennbar ist auch dieser Uebergang vom gemeinen Pflichttheilsrecht der Kinder zu der patronatischen Berechtigung dem Begriffe der Succession unterzuordnen. Fand hiernach Letztere in ausgedehntestem Maße zu Gunsten der am Erbrecht des Patrons Theil habenden Personen statt, griff sie hier selbst in das Gebiet der querella inofficiosi über, so kann es nicht verwundern, daß man dem gleichen Institut beim Pflichttheilsrecht der Verwandten in vollstem Maße Geltung zugestanden hat.

Nunmehr dürfen wir aber auch der Erscheinung hier wie dort einen tieferen Grund zuschreiben. Die Wahrnehmung der gleichen Rechtsbildung auf dem Gebiet der Querel wie der bon. poss. contra tabulas des Patrons berechtigt uns, einen Schritt weiter zu thun, und dieser Schritt scheint mir um so bedeutungsvoller, als von ihm

---

success. ed. 38. 9) macht mit Recht aufmerksam Ad. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 38 f. Anm. 13. Vergl. auch l. 3 § 9 D. eod., eine Stelle, deren Text nach der Ausg. von Mommsen zu berichtigen ist (— cui adsignatus *non est, potest* succedere cet.).

[34]) Gaj. III. 41. § 1 J. de success. libert. 3. 7.

[35]) Gaj. und § 1 J. citt. l. 42 § 2 D. de bon. libert. 38. 2.

[36]) § 3 J. de succ. libert. 3. 7: — si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem vel patronas praeterierint, cum nullos liberos haberent vel habentes eos exheredaverint, — *ita ut non possint argui inofficiosa eorum testamenta:* tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas — tertiam partem bonorum liberti consequantur —. l. 4 § 13. 14 C. de bon. libert. 6. 4. Daß das hier für das Recht Justinian's ausgesprochene Verhältniß auch nach classischem Recht bestand, ist nicht zu bezweifeln. Vergl. auch l. 20 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. l. 21 § 3 D. de jure patron. 37. 14. — Ueber das Ganze Schmidt S. 67 f.

später bei der Darstellung des neuesten Rechts der Notherben Gebrauch zu machen ist. Es wäre völlig unrichtig, wenn man den auf dem Gebiet der beiden Pflichttheilsrechte zum Ausdruck gelangten Gedanken einer Succession der hinter einander stehenden Berechtigten als eine singuläre Erscheinung des materiellen Notherbenrechts behandeln wollte. Derselbe ist lediglich Folge aus dem Begriff der Erbfolge gegen das Testament: ist diese in Wirklichkeit nur eine qualificirte gesetzliche Erbfolge, so mußte es sich von selbst ergeben, daß man die bei Letzterer geltende Succession auch auf dem Gebiet des Notherbenrechts zur Geltung brachte. Daß von ihr beim formellen Notherbenrecht keine Spur begegnet, beruht lediglich auf der Art, wie hier die berechtigten Personen bestimmt werden. Das formelle Notherbenrecht legt mit allem Nachdruck den Ton auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers. Das formelle Notherbenrecht der sui kennt als Berechtigte nur Personen, die im genannten Zeitpunkt in der unmittelbaren väterlichen Gewalt des Erblassers standen oder doch gestanden hätten, wenn sie nicht blos — was jedenfalls nöthig — concipirt, sondern bereits am Leben gewesen wären[37]). Hier ist also jede Möglichkeit einer Aufeinanderfolge von Berechtigten, die sich durch den nach jener Todeszeit erfolgenden Wegfall eines an erster Stelle Berufenen vollzöge, ausgeschlossen. Dieser Satz behauptet aber auch seine Wahrheit für das formelle Notherbenrecht des prätorischen Rechts. Denn auch zu den für dieses in Frage kommenden liberi gehören neben den sui nur Personen, welche bei des Erblassers Tode in dessen unmittelbarer Gewalt gestanden hätten, wenn nicht ein besonderer Umstand (der etwas Anderes ist, als das Stehen in fremder Familie) die agnatische Verbindung ausgeschlossen hätte.

---

[37]) Wenn das römische Recht in einzelnen Fällen die Quasiagnation eines suus auf Grund einer erst nach dem Tode des Erblassers eintretenden Thatsache anerkennt (Rückkehr aus der Kriegsgefangenschaft — causae probatio — Rückfall des Sohns aus der ersten oder zweiten Mancipation), so steht doch hier niemals beim Tode des Erblassers ein anderer *suus* in der Mitte, so daß sich eine Succession als möglich erwiese. Vergl. die Ausführungen im § 3 unter 2. 3 und 5.

G. Gründe des Wegfalls der Querel.

§ 54.

1. Verzicht des Berechtigten *).

Auch wo eine gerechtfertigte Ausschließung durch den Willen des Erblassers nicht vorliegt, kann ein Pflichttheilsberechtigter aus besonderen Gründen der Querel verlustig gehen. Der Verlust kann sich je nach der Beschaffenheit des einzelnen Grundes bald vor oder nach der mit dem Erbschaftserwerb des Testamentserben vollendeten Entstehung der Querel, bald nur nach dieser Entstehung vollziehen. Die von uns nach einander zu erörternden Aufhebungsgründe sind der Verzicht, die Verjährung, der Tod des Notherben[1]).

Einen Verzicht kennt das heutige Recht in der doppelten Gestalt einer nach dem Tode des Erblassers abgegebenen und einer schon gegenüber dem Letzteren, also bei dessen Lebzeiten, vollzogenen Willenserklärung. Ich spreche vorerst von dem Ersteren, der im Grunde allein noch eine Betrachtung erheischt.

A. Der Möglichkeit eines Verzichts auf die Querel entspricht als verwandter Vorgang bei der bon. poss. contra tabulas des Patrons und Parens Manumissor sowie bei der contra tabulas der Descendenten die auch durch Handlungen, namentlich durch Annahme letztwilliger Zuwendungen kundgegebene Ausschlagung der bonor. possessio. Mit diesen verwandten Vorgängen vergleichen wir später die überlieferten Grundsätze über den Verzicht beim Pflichttheilsrecht der Descendenten: sie zeigen, daß diesem Begriffe hier eine ausnahmsweise weite Ausdehnung zu Theil geworden ist.

Der Verzicht kann ein vertragsmäßiger sein; möglich ist es dabei, daß der Notherbe sein Anfechtungsrecht ohne Entgelt durch eine vom Testamentserben angenommene Willenserklärung aufgibt[2]), eben so wohl kann sich aber der Verzicht als Leistung des Notherben

---

*) Francke S. 319—328. Mühlenbruch 35 S. 437—459.

[1]) Der Fall des Verlusts der Erbfähigkeit (§ 53 unter I A) kann hier um seiner geringen Erheblichkeit willen übergangen werden.

[2]) In solcher Gestalt kann man sich die in l. 31 § 3 D. h. t. besprochene Anerkennung des letzten Willens denken: — quid ergo si alias voluntatem testatoris probaverim? puta in testamento adscripserim post mortem patris consentire me? repellendus sum ab accusatione. Vergl. dann noch die allgemeinen Erwähnungen des Verzichts in l. 17 pr. D. h. t. l. 1 C. de in int. rest. min. 2. 22. l. 34 in f. C. h. t. 3. 28. Dazu l. 7 C. Th. h. t. 2. 19.

in einem entgeltlichen Vertrage darstellen: als Beispiel bieten die Quellen den Vergleich[3]).

Weit häufiger erwähnt findet sich der Verzicht, wie er als einseitige Willenserklärung auftritt, — hier geäußert durch jede irgendwie an den Tag gelegte Anerkennung des Testaments. Der seine Wirksamkeit bedingende Willensinhalt kann deutlich darin bestehen, daß mit der Querel auch der durch diese zu verfolgende gesetzliche Erbanspruch aufgegeben werden soll: vermöge der eigenthümlichen Natur der Querel genügt es aber auch, wenn lediglich der Wille zu erkennen gegeben wird, die in der Ausschließung von der Erbfolge liegende Kränkung nicht verfolgen zu wollen[4]). Eben dieser Umstand macht es begreiflich, daß die Anerkennung des letzten Willens in den Quellen in weitester Ausdehnung als Grund der Ausschließung der Querel vorkommt.

Als Anerkennung wird vor Allem die Annahme von Zuwendungen behandelt, welche dem Notherben im Testament gemacht sind. So von Vermächtnissen[5]), gleichviel ob diese dem Notherben selbst oder einem seiner hausherrlichen Gewalt Unterworfenen, demnach für ihn Erwerbenden[6]) zugedacht sind. Auch dann wird Anerkennung erklärt, wenn der Notherbe den Vortheil einfordert (freilich nicht im Wege Rechtsstreits), der ihm durch Setzen einer Bedingung für die einem Dritten im Testament gemachte Zuwendung in Aussicht gestellt ist[7]).

---

[3]) l. 35 § 1 C. h. t. l. 6 C. de transact. 2. 4.

[4]) Alex. l. 1 C. de in int. rest. min. 2. 22. Illud inspiciendum est, num inofficiosi querellae vel palam vel *tacita dissimulatione* sit renuntiatum —. Vergl. § 46 bei Anm. 10.

[5]) l. 10 § 1. l. 12 pr. verglichen mit §§ 2. 3 D. h. t. l. 5 pr. D. de his quae ut indign. 34. 9.

[6]) l. 12 pr. cit. Wie die Stelle zeigt, steht dem Vermächtniß die Einsetzung auf einen unzulänglichen Erbtheil gleich. (Auf die durch die Ergänzungsklage begründete Aenderung dieser Grundsätze komme ich unten im Text). Wird das Gewaltverhältniß in der Absicht gelöst, die letztwillige Zuwendung und zugleich die Vortheile der Erbfolge gegen den letzten Willen zu gewinnen, so tritt nach l. 12 cit. dennoch Verlust der Querel ein. Alles das gilt auch beim patronatischen Pflichttheilsrecht: l. 6 § 2 l. 50 § 1—3 D. de bon. libert. 38. 2. Schmidt S. 56 Anm. 66.

[7]) l. 12 § 1 D. h. t. Si a statulibero exheredatus pecuniam petere coeperit, videri adgnovisse parentis judicium. Vergl. wegen des Patrons l. 8 § 4 D. de bon. libert. 38. 2: — si condicionis implendae causa quid fuerit *datum* patrono post mortem liberti —.

Nicht unbedingt das Gleiche soll nach Ulp. l. 8 § 10 D. h. t. gelten, wenn der Vortheil auf Anbieten des bedingt Bedachten angenommen wird[8]). Der Jurist unterscheidet die Leistung des Testamentserben und die eines Vermächtnißnehmers. Erstere schließt die Querel unbedingt aus: der Notherbe hat dem eingesetzten Erben durch die Annahme von dessen Leistung den Erbschaftserwerb erst möglich gemacht. In Anwendung auf den Vermächtnißnehmer stellt Ulpian die folgende Unterscheidung auf:

— ego eventum puto sequendum in hac re, ut, si forte antequam judicium moveatur oblatio ei fiat ejus quod relictum est, quasi ex voluntate testatoris oblato eo satis ei factum videatur[9]).

Danach soll die Annahme der Leistung vor eingeleitetem Querelstreit unbedingt als Anerkennung des Testaments gelten[10]); über die Leistung nach dem Proceßbeginn spricht sich der Jurist nicht aus: wir dürfen sagen, daß hier die der Annahme zu Grunde liegende Willensrichtung nach Maßgabe des concreten Thatbestands zu ermitteln ist[11]). Worauf gründet sich der Unterschied? Glück[12]) will die nach dem Streitbeginn erfolgte Leistung wie eine Abschlagszahlung angesehen wissen; gewiß ohne Grund, da die Leistung weder vom Beklagten noch Namens desselben bewirkt wird. Mühlenbruch meint[13]), nachdem einmal die Klage mittelst der Litiscontestation durch Novation gegen den Testamentserben befestigt sei, habe man der Handlung des Vermächtnißnehmers als eines Dritten keinen Einfluß

---

8) Zu verweisen ist auf die Besprechung der l. 8 § 10 cit. im § 40 unter 2 S. 335 ff. — Dort ist das im Text über die Leistung des eingesetzten Erben Bemerkte näher begründet. Ausführlich handelt von l. 8 § 10 cit. Mühlenbruch 35 S. 444—454.

9) Was Francke S. 326 f. vom kritischen Standpunkt aus wie sachlich gegen diesen Theil von Ulpian's Ausspruch ausführt, ist meines Erachtens ohne Gewicht und bereits von Mühlenbruch (S. 450— 454) vollständig widerlegt worden.

10) Daß Ulpian auch bei den Schlußworten das subjective Moment der Anerkennung und nicht das lediglich objective einer auf den Pflichttheil gemachten Zuwendung im Sinne hat, ergibt sich aus der im Text gegebenen Erklärung des Falls der Annahme nach begonnenem Proceß.

11) In Bas. 39. 1. 8 schol. 23 in f. wird angenommen, der Notherbe büße auch hier wenigstens dem Erfolge nach — durch Absolution des mit der Querel belangten Testamentserben — seinen Anspruch ohne Weiteres ein. Das ist nach der Fassung der mitgetheilten Aeußerung unmöglich.

12) Band VII S. 480.

13) A. a. O. S. 446 f.

auf die Entscheidung der Hauptsache zu gestatten; nur der Vermächtnißnehmer erlange damit auch gegen den Notherben Rechte. Allein es ist nicht zu erkennen, wie die s. g. novatio necessaria für unsre Frage nach der Annahme eines Verzichts Bedeutung haben sollte; wenn derselbe Ulpian in l. 8 § 1 D. eod. Verlust der Querel eintreten läßt, sobald der Notherbe die Klage, nachdem er sie eingeleitet hat, nicht verfolgt[14]), so ergibt sich, daß während des Processes dieselbe ausgedehnte Möglichkeit eines Verzichtes besteht, wie vor demselben.

Wie mir scheint, hat man es nicht als etwas Zufälliges zu behandeln, daß in der uns beschäftigenden letzten Hälfte der l. 8 § 10 cit. nur vom Vermächtnißnehmer, nicht von dem zwar neben diesem im ersten Theil der Stelle erwähnten, aber in der Folge unberücksichtigt gelassenen Statuliber die Rede ist. Der Vermächtnißnehmer kann vom Testamentserben, wenngleich dieser einen Proceß über die Erbschaft zu führen hat, Erfüllung fordern; aber er muß unter solcher Voraussetzung auf den Fall des Unterliegens jenes Erben wegen der Zurückgabe Sicherheit bestellen[15]). Weiß nun der klagende Notherbe um diese Verhandlungen und nimmt er im Hinblick auf sie die zur Erfüllung des Vermächtnisses angebotene Leistung an, so ist ihm nur die Absicht zuzuschreiben, der vom Recht selbst gutgeheißenen einstweiligen Erfüllung des Anspruchs kein Hinderniß in den Weg zu legen; eben darum vergibt er seiner Querel nichts. — Dem im Testament mit der Freiheit Bedachten stand jenes Recht des Vermächtnißnehmers nicht zu[16]); darum wird man im Sinne der l. 8 § 10 cit. behaupten müssen, daß der Notherbe stets seines Anfechtungsrechts verlustig ging, wenn er sich zur Erfüllung der Bedingung einer solchen Freilassung etwas gewähren ließ.

Setzte freilich der Notherbe nur irrig seine Bedenkung im Testament voraus, so beeinträchtigte die auf die Annahme der Zuwendung gerichtete Willenserklärung seine Pflichttheilsberechtigung nicht[17]).

---

[14]) Si quis post rem inofficiosi ordinatam litem dereliquerit, postea non audietur. Vergl. *Cujac.* rec. sol. in Dig. V. 2 ad h. l. (VII. 176).

[15]) l. 17 D. de H. P. 5. 3. l. 4 pr. § 2 D. si cui plus 35. 3. l. 12 pr. C. de petit. her. 3. 31.

[16]) Justinian's Neuerung in l. 12 § 2 C. de pet. her. 3. 31 interessirt hier nicht.

[17]) l. 12 § 2 D. h. t. Aehnliche Grundsätze werden beim patronatischen

Abgesehen von den bisher erörterten, dem Notherben unmittelbar zufließenden Zuwendungen fällt in das Gebiet der Anerkennung die Einforderung eines Vermächtnisses, welches der Erblasser einem demnächst vom Notherben beerbten Dritten ausgesetzt hat [18]). Dagegen bleibt das Querelrecht unberührt, wenn der Notherbe einen der mehreren im anzufechtenden Testament gerufenen Erben beerbt [19]).

Endlich wird von stillschweigender Anerkennung des Testaments selbst in Fällen gesprochen, in welchen der Notherbe Vortheile aus demselben überall nicht an sich bringt, nur sich dem letzten Willen gegenüber in einer Weise verhält, mit der die Absicht, denselben wegen Kränkung im Pflichttheil anzugreifen, unverträglich erscheint. Beispiele bieten: Rechtsgeschäfte mit dem Testamentserben über Vermögensstücke der Erbschaft [20]), Zahlung des dem Erblasser Geschuldeten an jenen Erben [20]). Paulus erklärt es auch für eine Anerkennung, wenn der Enterbte einem Vermächtnißnehmer zur Einforderung des im pflichtwidrigen Testament hinterlassenen Vermächtnisses als Beistand oder Stellvertreter behülflich ist [21]): nur der Vormund schadet durch ein solches Verhalten in Angelegenheiten des Mündels dem eignen Querelrecht nicht [22]).

Es sind grade die soeben in Anknüpfung an die l. 32 pr. § 1.

Pflichttheilsrecht gelehrt: l. 8 pr. § 1. l. 46 D. de bon. libert. 38. 2. l. 19 D. h. t. verb. quod evenit in patrono cet. Vergl. Schmidt S. 56 f. bei Anm. 67.

[18]) l. 32 § 1 D. h. t. Vergl. l. 31 § 3 D. eod. Francke S. 321 f. hat mit Recht bemerkt, daß der Text der l. 32 § 1 cit. bei den Worten „certum est enim" fehlerhaft ist; will man nicht hinter denselben ein „eum agnovisse" einschieben, so bietet sich die Umwandlung des „certum est" in „secutus est". Vergl. die kritische Bemerkung zu der Stelle in der Ausgabe von Mommsen.

[19]) l. 31 § 2 D. eod. Paulus erwähnt als Fälle, in denen der Satz des Textes besonders einleuchtend erscheint, die: 1) wo an den Erbeserben die seinem nächsten Erblasser zugefallene Portion nicht gekommen ist, weil dieser sie unentgeltlich veräußert oder kraft Fideicommisses herausgegeben hat; 2) wo der Notherbe diese Portion seinem Erblasser schon früher mit der Querel abgenommen hat (— „si eam portionem — jure suo possideam" —). Verschiedene Auslegungen der Stelle bei *Pothier,* pand. Just. V. 2 n. 46 in not. Francke S. 322—324. Mühlenbruch 35 S. 456—459.

[20]) l. 23 § 1 D. eod. (Kauf der Erbschaft oder einzelner Stücke derselben, Pacht erbschaftlicher Grundstücke, — Beides durch Vertrag mit dem Testamentserben).

[21]) l. 32 pr. D. eod.

[22]) § 4 J. h. t. 2. 18. Vergl. dazu den umgekehrten, mit dem Recht der Erbunwürdigkeit zusammenhängenden Fall in l. 30 § 1 D. h. t. (§ 56 bei Anm. 11).

l. 31 § 2 und l. 23 § 1 D. h. t. erörterten Fälle (Anm. 18—21), welche zeigen, daß unsrer Lehre eine völlig singuläre Ausdehnung des Begriffs der Anerkennung eigen ist, — eine Erscheinung, die darauf zurückgeführt werden muß, daß die Römer es mit der Aufnahme der Thatsache einer dem Pflichttheilsberechtigten zugefügten Kränkung in den Rechtsgrund der Klage ernst gemeint haben[23]). Jene Eigenthümlichkeit des Rechts der Querel wird bestätigt durch einen Blick auf die oben berührten verwandten Rechtsinstitute. Auch in Anwendung auf den Patron wird vielfach von einer Anerkennung des letzten Willens gesprochen, welche die bon. poss. contra tabulas ausschließt; allein dabei steht fast durchweg die Annahme einer letztwilligen Zuwendung in Frage (Erbtheil, Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall, mit der sich der Patron nach des Freigelassenen Tode zufrieden erklärt, Zuwendung durch Setzen einer Bedingung)[24]). Nur Ein Fall der Anerkennung geht über jenes Gebiet hinaus: der Patron, dem der volle Pflichttheil zugewendet ist, erfüllt, nachdem er gezwungen angetreten hat, das ihm auferlegte, selbst nach dem Zwange nicht bindende Erbschaftsvermächtniß. Hier ist in der That der durch die Herausgabe der Erbschaft zu erkennen gegebene Wille, die Erbschaft auszuschlagen, handgreiflich, und darum wird mit Recht die bon. poss. contra tabulas versagt[25]).

Auch bei der bon. poss. contra tabulas der Descendenten bringen uns die Quellen den Satz entgegen, daß der Notherbe die prätorische Hülfe durch Annahme des ihm im Testament zugedachten Erbtheils wie Vermächtnisses einbüßt[26]).

Hiernach zeigt sich nirgends in den verwandten Rechtsbildungen eine Spur von jener idealen Ausweitung des Begriffs der Anerkennung, wie sie für die Querel geltendes Recht ist. — Rücksichtlich der Art, wie die Thatsache der vom Notherben an den Tag gelegten

[23]) Vergl. Demelius, Unters. S. 35. Windscheid III § 585 Anm. 3.

[24]) l. 6 § 4. l. 50 § 6. l. 8 § 3. 4 D. de bon. libert. 38. 2. Das prätorische Edict selbst hatte hier den Einfluß der Anerkennung, und zwar offenbar der durch Annahme einer Zuwendung kundgegebenen, berücksichtigt: l. 50 § 1. 2 D. eod. Vergl. Schmidt S. 55 f. unter a.

[25]) Tryphon. l. 50 § 4 D. de bon. libert. 38. 2: — non poterit accipere contra tabulas bonorum possessionem, et quia adgnovit judicium liberti et quia sprevit et quasi damnavit eam possessionem. Vergl. dazu l. 27 § 13 D. ad SC. Trebell. 36. 1.

[26]) l. 14 pr. D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 5 D. de legat. praest. 37. 5.

Anerkennung des Testaments processualisch geltend zu machen ist, äußert sich sachgemäß eine Entscheidung aus der einheimischen Praxis, — ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle vom 31. Oktober 1862[27]). Inhalt des streitigen Anspruchs war zwar in dem vom Gericht beurtheilten Falle nicht die Beseitigung des Testaments im Wege der Querel, sondern die Anfechtung der Erbeseinsetzung auf Grund der Nov. 115; allein der Einwand des Verklagten, daß die klagenden Notherben das Testament anerkannt hätten, gab Anlaß zu einem Eingehen auf die Querel. Der erkennende Richter hebt mit Recht hervor, daß jene allgemeine Behauptung der Anerkennung auch vom Standpunkt der l. 32 pr. D. de inoff. 5. 2[28]) ungenügend sei: es müsse die Handlung bezeichnet werden, aus welcher eine Billigung des Testaments hervorgehen solle.

Bei der obigen Darstellung der Lehre ist von dem Einfluß abgesehen, welchen Justinian's Vorschriften über die Ergänzungsklage auf die Behandlung des Verzichts durch Annahme einer letztwilligen Zuwendung geübt haben. Nachdem die l. 30 C. h. t. angeordnet hatte, daß jede Bedenkung durch Erbtheil wie Vermächtniß, auch wenn sie dem Pflichttheil nicht gleichkomme, die Querel ausschließen und nur einen Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils übrig lassen solle, bestimmt l. 35 § 1 C. eod., daß der Notherbe durch Annahme des ihm auf solche Weise durch letzten Willen oder auch durch Schenkung auf den Todesfall sowie durch einzurechnende Schenkung unter Lebenden Zugedachten in seinem Recht auf Ergänzung nicht verkürzt werden solle. Nur die ausdrückliche Erklärung des Notherben gegen die Testamentserben, daß er sich für völlig abgefunden erachten wolle, soll jenen Anspruch abschneiden. Danach kann die Annahme des im Testament Ausgesetzten, soweit dieses als Zuwendung auf den Pflichttheil zu gelten hat, nicht mehr als Verzicht auf den Pflichttheil angesehen werden. Die Querel freilich wird durch die Zuwendung ausgeschlossen, es ist nur die Ergänzungsklage möglich. Diese Sätze sind ohne Frage begründet bezüglich der Bedenkung durch Erbtheil oder Vermächtniß; dagegen ist es rücksichtlich des *condicionis implendae gratia* Empfangenen beim früheren Rechtszustande geblieben, wenn anders unsre Ausführung im § 40 unter 2 (S. 329 ff.) im Recht ist,

[27]) Seuffert, Arch. 15. 274.

[28]) l. 32 pr.: — adgnovisse enim videtur, qui qualequale judicium defuncti comprobavit. (Paul.).

daß auf solchem Wege eine Zuwendung auf den Pflichttheil nicht mehr gemacht werden kann.

B. Von dem unter Lebenden dem Erblasser gegenüber erklärten Verzicht auf die Pflichttheilsberechtigung ist schon im § 37 unter I a. E. (S. 283 f.) die Rede gewesen. Es ist dort ausgeführt, daß in demselben ein Erbverzicht von beschränkter Bedeutung enthalten ist: danach muß der Verzicht entsprechend dem Wesen jener seiner Gattung es entschieden hindern, daß es zu einer Delation der durch die Querel zu begründenden gesetzlichen Erbfolge kommen könnte; ebenso steht derselbe seiner Tendenz nach der Durchführung der Querel Seitens des Verzichtenden im Wege. — Verwerflich war es, wenn einige ältere Schriftsteller dem Satz des römischen Rechts, daß ein Verzicht auf die Pflichttheilsberechtigung unwirksam sei, noch für unsre Zeit Geltung zuschreiben wollten[29]: heutzutage dürfte die Ansicht nicht mehr vertreten sein. Offenbar beruhte doch jener Satz auf derselben sittlichen Anschauung der Römer, aus welcher die allgemeine Unstatthaftigkeit der Erbverzichte entsprang: der mögliche künftige Erbe sollte sich nicht durch Uebereinkunft mit dem noch lebenden Erblasser in seiner Entschließung wegen dessen Beerbung binden. Hat nun dieses Bedenken im Uebrigen beim Erbverzicht für uns keine Bedeutung, so kann auch die vorliegende einzelne Art des Verzichts keine abweichende Behandlung erfahren.

§ 55.

2. Verjährung*).

Sowohl die Pandektenjuristen wie Constitutionen Justinian's gedenken bei der Querel durchweg einer Verjährungsfrist von fünf Jahren[1]). Wenn neuere Schriftsteller annehmen, die Frist sei ursprünglich eine zweijährige gewesen, so ist schon früher bemerkt (S. 384), daß dafür die zum Beweise angerufene Aeußerung bei Plin. V. 1 nur einen schwachen Anhalt bietet. Grade diese Aeußerung aber bildet eine erhebliche Stütze der von Demelius[2]) aufgestellten Ansicht

---

[29]) So z. B. Glück VII S. 474 ff. (Wegen der Vorschrift des römischen Rechts vergl. l. 35 § 1 C. h. t. Paul. IV. 5. 8).

*) Francke S. 312—315. Mühlenbruch 35 S. 459—463. Demelius, Unters. aus d. röm. Civ.-R. S. 30—38.

[1]) Vergl. überhaupt l. 8 § 17. l. 9. l. 23 § 2 D. h. t. l. 16. l. 34 in f. l. 36 § 2 C. eod. l. 2 C. in quib. c. in int. 2. 41. l. 5 C. Th. h. t. 2. 19.

[2]) A. a. O. S. 33 ff.

über den Ursprung unsrer Verjährungsfrist. Demelius geht von dem Satze aus, daß das lieblose Nichtberücksichtigen des Notherben als eine diesem zugefügte Unbill erscheint, wegen deren mittelst der Querel Genugthuung gesucht wird. Eben auf diese Natur der Klage als einer auf Ahndung gerichteten Rechtsverfolgung wird die Verjährungsfrist zurückgeführt: die Erhebung der Klage, bemerkt man, müsse als unmittelbare Aeußerung gekränkten Sinnes erscheinen, als Bethätigung eines auf Genugthuung gerichteten Willens; deshalb habe man längeres Zögern der Klaganstellung ausgeschlossen. Die Auffassung sucht auf der einen Seite eine Stütze an den prätorischen Pönalklagen, in denen die gleiche Anschauung zu Tage träte, auf der andern Seite an der zweijährigen Frist, die sich in der oben genannten Stelle bei Plinius erwähnt findet. Es wird erinnert, daß ein gleiches biennium bei mehreren Verhältnissen des alten Civilrechts vorkommt: ihm sei wahrscheinlich das prätorische, utiliter zu berechnende Jahr nachgebildet.

Unstreitig sind die angedeuteten Combinationen scharfsinnig: allein wenn man die Unzuverlässigkeit von Plin. V. 1 in Anschlag bringt, so bleibt lediglich eine Hypothese übrig. Denn nun fehlt einerseits die Berührung mit der Frist der prätorischen Strafklagen, und anderseits leuchtet doch ein, daß ein fünfjähriger Zeitraum als Frist für die Bethätigung gekränkten Sinnes überreichlich bemessen sein würde. Wir glauben uns daher mit Francke (S. 312) dabei beruhigen zu sollen, daß die zeitliche Beschränkung der Querel sich aus dem Zwecke der Klage erklärt, mittelst außerordentlicher Rechtshülfe ein gültiges Testament umzustoßen. Und verlangt man eine Ergänzung dieser Erklärung, so empfiehlt sich am meisten der Gedanke, welcher die fünf Jahre bei der Querel wie bei den bestimmt gleichfalls dem Centumviralgericht zugewiesen gewesenen Statussachen auf den ursprünglichen Zusammenhang der hasta mit dem Census zurückführt[3]). — Daß die Meinung Aelterer, die fünf Jahre lehnen sich an die Vorschrift an, ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur[4]), jeden Nachweis einer innerlichen Verknüpfung der hier zusammengestellten Institute schuldig geblieben ist, hat man mehrfach bemerkt[5]).

[3]) Vergl. Kuntze, Instit. II (Excurse) S. 97.

[4]) Dig. XL. 15. Cod. VII. 21.

[5]) Francke S. 312 f. Mühlenbruch S. 460.

Die Frist läuft nach Justinian's Bestimmung von der Antretung des Testamentserben an: von der Art, wie Letzterer zur Erklärung über den Erbschaftserwerb angehalten werden soll, wurde früher geredet[6]). Mit Recht aber erinnert Francke (S. 313), daß für den auf dem Wege der Succession nachrückenden Notherben eine Verjährung erst mit dem Zeitpunkt des Wegfalls des an erster Stelle Berufenen beginnen kann. Wenn man endlich beim Vorliegen erheblicher Hinderungsgründe die Querel noch nach beendigter fünfjähriger Frist zuließ, ohne daß es einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedurft hätte[7]), so ist dies vielleicht auf die selbständige Stellung des Centumviralgerichts zurückzuführen, dem man die Erledigung von Rechtsfragen überlassen mochte, über die sich bei den zum Formularverfahren gelangenden Streitsachen der Prätor die Cognition vorbehielt.

Besonderes Interesse nimmt die Frage in Anspruch, ob die Verjährung für einen Notherben läuft, der als Besitzer des Vermögens die Querel in modum contradictionis anzubringen hat. Die herrschende Meinung ist für Verneinung[8]); man hebt hervor, ein solcher Besitzer befinde sich schwerlich in der Lage, die Querel selbständig zu erheben: könne er auch zur Klage provociren, so sei doch dieses lediglich zu Gunsten des Provocanten geordnete Rechtsmittel bei unsrer Frage nicht in Anschlag zu bringen. — Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Windscheid[9]): er stützt sich auf den an andrer Stelle von ihm ausgeführten Satz, daß die Verjährung des obligatorischen Anspruchs auch die auf der Obligation beruhende Einrede beseitigt, sofern diese nicht neben der Obligation eine selbständige Existenz hat. Wie mir scheint, darf die Frage nicht auf die Verjährung der Einreden gestellt werden. Die vom besitzenden Notherben anzubringende Querel ist ein selbständiger Gegenangriff gegenüber der Erbschaftsklage des eingesetz-

---

[6]) Vergl. § 46 unter V (S. 392 f.), § 47 unter B. 6.

[7]) l. 8 § 17 D. h. t.: — ex magna et justa causa. l. 16 C. eod.: — ex prioris judicii (sc. quasi testamentum non sit jure perfectum) mora. Vergl. auch l. 2 C. in quib. caus. in int. rest. 2. 41.

[8]) Francke S. 314 f. Mühlenbruch S. 463 z. A. Arndts II S. 581 Anm. 111.

[9]) Pand. III § 585 bei Anm. 7ª. (Die in unserm Text angegebene Begründung von Windscheid's Ansicht ist aus der Verweisung auf Pand. I § 112 Anm. 8 zu entnehmen).

ten Erben[10]). Und auf diese Form der Geltendmachung ist jener Besitzer beschränkt, wenn anders unsre auf die l. 7 § 1 D. de H. P. 5. 3 gestützte Ausführung im § 47 A (S. 401 ff.) begründet ist. Aus diesen Sätzen folgt in der That, daß eine Verjährung dieses Anspruchs nicht denkbar ist, so lange nicht zu dessen Verfolgung durch die Erbschaftsklage des Testamentserben die Möglichkeit geboten ist. Denn in Wahrheit ist nach jener von uns vertretenen Auffassung zu sagen, daß die Querel in dieser besonderen Gestalt erst mit dem Angriff des eingesetzten Erben in's Leben tritt. Wollte man aber auch behaupten, der besitzende Notherbe könne zwar ohne Weiteres die Klage erheben, er treffe aber auf eine Einrede des nicht besitzenden Verklagten, so müßte doch auch das Dasein dieser Einrede den Lauf der Verjährung hindern[11]).

§ 56.

3. Tod des Berechtigten. — Fälle des Uebergangs auf die Erben *).

I. Die Querel erlischt mit dem Tode des Berechtigten[1]). Der Grund ist ein zweifacher[2]). Zunächst liegt es im Wesen der durch die Klage frei zu machenden gesetzlichen Erbberechtigung, daß diese unerworben nicht auf die Erben übergeht. Sodann hat der in den Rechtsgrund der Querel aufgenommene Gesichtspunkt einer dem Notherben zugefügten Kränkung hier zu einer Betonung der persönlichen Natur des Anspruchs geführt[3]).

II. Indessen kann der Uebergang auf die Erben überall durch eine bestimmte Thätigkeit des Berechtigten gesichert werden: in Einem Falle vollzieht er sich sogar ohne Weiteres. Bei jedem Querelberechtigten genügt zur Abwendung des Untergangs der irgendwie an den Tag gelegte Entschluß, von der Anfechtungsklage Gebrauch zu machen[4]).

---

[10]) l. 8 § 13 D. h. t. l. 7 § 1 D. de H. P. 5. 3. Vergl. oben § 47 unter B. 2 (S. 410 f.).

[11]) Vergl. Windscheid I § 109 unter 1.

*) Francke S. 315—319. Mühlenbruch 35 S. 463—474.

[1]) l. 6 § 2. l. 7. l. 8 pr. D. h. t.

[2]) So Francke S. 315. Windscheid § 585 Anm. 8.

[3]) Vergl. l. 1 § 8 D. si quid in fraud. patr. 38. 2, wo die Querel mit der Injurienklage zusammengestellt wird. l. 28 D. de injur. 47. 10. Dazu § 46 bei Anm. 4.

[4]) Paul. l. 7 D. h. t.: — si *comminatus* tantum accusationem fuerit —. Carac. l. 5 C. h. t.: Si pater tuus — postquam *propositum habuisset* inofficiosum fratris testamentum dicere, te herede relicto decesserit, causam —

Der Wille wird sich in den meisten Fällen in Schritten zur Einleitung oder Vorbereitung des Processes äußern: daher wird der Beginn des Processes oder dessen Vorbereitung besonders häufig erwähnt[5]).

Entsprechend der Bemerkung unter I ist bei jener Thätigkeit des Berufenen eine doppelte Willensbestimmung zu unterscheiden: der auf den (vorläufigen) Erwerb der gesetzlichen Erbfolge gerichtete Wille und der Entschluß, wegen der durch die Nichtberücksichtigung angethanen Kränkung Genugthuung zu suchen. Der Charakter jener Erwerbshandlung ist scharf ausgeprägt in der bonor. possessio litis ordinandae gratia[6]). Behufs der Herstellung des für den Querelstreit wie für die Transmission auf die Erben erforderlichen vorläufigen Erwerbs durfte die bonor. possessio nachgesucht werden, wenngleich das Testament noch in Geltung stand, demnach die gesetzliche Erbfolge noch nicht deferirt war. Diese heutzutage bedeutungslose bonor. possessio hatte nur die formelle Natur eines Erwerbsacts: der materielle Gehalt der Erbberechtigung blieb dem bonor. possessor verschlossen, so lange derselbe das Testament nicht umgestoßen hatte[7]). Unentbehrlich aber war sie für den Proceß wie für die Vererbung, wenn der Querelberechtigte nur nach prätorischem Recht zur Erbfolge gelangen konnte[8]). Die Ansichten, daß die bon. poss. litis ordinandae gratia eine lediglich auf den Emancipirten berechnete bon. poss. Unde liberi gewesen sei, oder daß sie vorwiegend die Bestimmung gehabt

---

quocunque modo illi placitam exsequi non prohiberis. Auf dem angegebenen Wege kann der Uebergang auf die Erben des Notherben schon vor der Antretung des Testamentserben gesichert werden. Arg. l. 34. l. 36 § 2 C. h. t.

[5]) Ulp. l. 6 § 2 D. h. t.: — instituta accusatione inofficiosi —; — jam tamen coepta controversia vel *praeparata* —. Paul. l. 7 D. eod.: Quemadmodum *praeparasse* litem quis videatur: — in der Folge wird nach einem Rescript von Pius die libelli datio et denuntiatio besonders betont. Carac. l. 5 C. eod.: — post *litem contestatam* —. Justinian. l. 34 C. h. t.: — nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel *praeparata* — und: — et nisi *praeparatio* facta est ad inofficiosi querellam instituendam —. Vergl. noch Justinian l. 36 § 2 C. eod.: licet se non *praeparaverit* — und: — quando antiquis libris insertam faciat *praeparationem*.

[6]) l. 6 § 2. l. 7. l. 8 pr. D. h. t. l. 2 C. eod. l. 1 C. Th. eod. 2. 19 „sine auxilio praetoris". Vergl. noch l. 8 § 16 D. h. t. l. 26 § 2 D. de test. tut. 26. 2.

[7]) l. 2 C. h. t.

[8]) Vergl. l. 7 D. h. t. l. 1 C. Th. eod.

habe, den Notherben schon vor dem Ausgange des Processes in den Besitz der Erbschaft einzuweisen, dürfen nach dem heutigen Stande der Lehre als erledigt gelten[9]).

Umgekehrt wird in einer einzelnen schon im § 52 Anm. 8 erwähnten Anwendung für den Uebergang auf die Erben die Bethätigung des Erwerbswillens nicht verlangt, wohl aber die Darlegung des Entschlusses, wegen der persönlichen Verletzung sich Genugthuung zu verschaffen. Es ist dies der Fall eines enterbten suus; bei ihm wird der beregte Gedanken von Paulus, l. 7 D. h. t., so wiedergegeben:

— et ponamus in potestate fuisse eum, *ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit*; is *si comminatus tantum accusationem fuerit* vel usque ad denuntiationem vel libelli dationem praecesserit (processerit? Momms.), ad heredem suum accusationem transmittet —.

Nach Justinian's l. 34 C. h. t. soll zu Gunsten der Nachkommen eines zur Querel berechtigten Descendenten die Transmission des Anspruchs unter besonderer Voraussetzung unbedingt eintreten: wenn ein solcher Descendent stirbt, während der eingesetzte Erbe noch wegen des Erwerbs deliberirt, so soll die Querel auf die Nachkommen des Ersteren übergehen, wenngleich dieser den Entschluß zu deren Erhebung weder ausdrücklich noch thatsächlich zu erkennen gegeben hat[10]). Das Gesetz ist sehr mangelhaft abgefaßt: wenngleich dasselbe im Eingang deutlich die Absicht äußert, für den Fall der noch ausstehenden Antretung des Testamentserben Vorsehung zu treffen, wird doch im Schlußsatz die Verwilligung der Transmission durch das Hinzufügen eingeschränkt: nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querellam

---

[9]) Vergl. Vangerow II § 478 Anm. unter 3. Leist, Forts. von Glück II S. 257—264. Dazu die Darstellungen von Francke S. 315 f. Mühlenbruch 35 S. 155—157.

[10]) Die im Text durch den Druck hervorgehobenen Worte sollen den Satz der l. 34 C. cit. wiedergeben: — nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso *constituta vel praeparata*. Schneider im deutschen corp. juris übersetzt: „ohne die Erbschaftsklage — angestellt oder vorbereitet zu haben". Allein an ein Anstellen der Querel läßt sich nicht denken, so lange es an einem Beklagten fehlt; darum nehme ich das „constituere" im Sinne von „consilium capere" (*Dirksen* v. constituere § 7). Die beiden vom Kaiser gebrauchten Ausdrücke wollen danach den in Worten erklärten und den in Handlungen geäußerten Entschluß unterscheiden.

vel quinquennium tacuit, scilicet post aditam hereditatem. Dies kann auf den Gedanken führen, als solle allgemein transmittirt werden, auch wenn der Descendent nach dem Erwerb des Testamentserben stirbt. In der That hat diese Auffassung in unsrer Zeit Vertheidiger gefunden[11]). Allein so zweifelhaft die Sache erscheinen mag, so muß man doch an dem im Eingang der l. 34 C. cit. mit großer Bestimmtheit dargelegten Gebiet der neuen Vorschrift, wie wir es oben beschrieben, festhalten, zumal da die eigentliche Disposition des Gesetzes sich mittelst der Worte: — „jubemus, *in tali specie* eadem jura nepoti dari" auf jenen Eingang zurückbezieht, auch ein späteres Gesetz — l. 36 § 2 in f. C. eod. — die nämliche Einschränkung der Neuerung voraussetzt. Die Schlußworte „scilicet post aditam hereditatem" sind vielleicht ein dem Gesetz mit Rücksicht auf die demnächst erlassene l. 36 § 2 C. eod. beigegebener ungeschickter Zusatz: auf alle Fälle hat man sie nur als Probe fahrlässiger Fassung eines Gesetzes zu behandeln[12]).

Unter den Neueren hat Windscheid[13]) darauf aufmerksam gemacht, daß die Frage geringe praktische Bedeutung habe, da nach Nov. 118 auch für die Descendentenclasse die successio graduum gelte, der Enkel daher die Querel kraft eignen Rechts habe. So nehme auch ich an; indessen muß die Ausführung dieses Satzes mit Rücksicht auf das Recht der Nov. 115 hier ausgesetzt bleiben. (Vergl. § 53 unter II. S. 464.)

---

[11]) Marezoll, Zeitschr. f. Civ.-R. und Proc. III S. 343 ff. Arndts II S. 580 Anm. 106.

[12]) Die hier angenommene Ansicht scheint die Herrschaft zu behaupten. Dafür Francke S. 317—319. Mühlenbruch S. 463—472. Vangerow II § 478 Anm. unter 3. Erk. des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom 13. Oct. 1848 bei Seuffert, Arch. 19. 248.

[13]) Pand. III § 585 Anm. 9 in Verbindung mit § 579 Anm. 9. § 573 Anm. 4.

§ 57.

II. Subsidiarität der Querel. — Erbunwürdigkeit des im Streit Unterliegenden.

I*). Die Quellen bezeichnen deutlich die Querel als subsidiäres Rechtsmittel[1]): doch lassen sie dem Zweifel Raum, ob sie damit nur das Verhältniß zum formellen Notherbenrecht bezeichnen wollen, so daß dessen Lücken durch die Pflichttheilsklage zu ergänzen wären[2]), oder ob dieses Rechtsmittel nur in Ermangelung jeder sonstigen Rechtshülfe zu Gebote stehen soll[3]). Für die erstere Auffassung scheinen mehrere Aeußerungen der Quellen zu sprechen; in Wahrheit jedoch wird man denselben keine Bedeutung beizulegen haben. Ulpian äußert in l. 8 § 12 D. h. t.:

Si quis et irritum dicat testamentum vel ruptum et inofficiosum, *condicio ei deferri debet*, utrum prius movere volet.

Also ein Erbprätendent, der das Testament aus dem doppelten Grunde anzufechten denkt, weil es nichtig sei (irritum, ruptum), und weil es Grund zur querella inofficiosi testamenti gebe, soll sich frei darüber entscheiden können, mit welchem Angriff er zuerst bei Gericht vorgehen will. Aehnlich verstattet Gordian, l. 14 C. h. t., nach fruchtlos durchgeführter Querel mit der Behauptung der Testamentsfälschung hervorzutreten, oder umgekehrt[4]). Darin liegt kein Beweis gegen die absolute Subsidiarität der Querel. Daß der Kläger das Zusammentreffen beider Mängel beim Testament behauptete, wird nicht gesagt und ist auch bestimmt nicht gemeint: die Nichtigkeit

---

*) Bluntschli S. 157—159. Mühlenbruch 35 S. 358. 360 Anm. 37. Schneider, die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechts S. 440 ff.

[1]) § 2 J. de inoff. 2. 18. Tam autem naturales liberi quam secundum nostrae constitutionis divisionem adoptati *ita demum* de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. nam qui alio jure veniunt —, de inofficioso agere non possunt. Justin. l. 4 p. C. de lib. praet. 6. 28. — Nam cum ultimum adjutorium de inofficiosi querella positum est et nemo ab alio ortus praesidio ad hanc decurrere possit —. Dazu l. 8 § 15 D. h. t. *Theophil.* ad § 2 J. cit.

[2]) Dafür namentlich Bluntschli § 19. Windscheid III § 585 a. E.

[3]) So Mühlenbruch a. a. O. Schneider S. 442 ff. Vangerow II § 481.

[4]) Unerheblich ist für unsre Frage l. 16 C. eod. Dort war von vorn herein die Querel zurückgestellt, sie kam erst zur Verhandlung, nachdem der Proceß über die Erbschaftsklage, welche das Testament wegen Formmangels angriff, ausgetragen war.

schließt die bloße Anfechtbarkeit aus. Also kann nur die Angabe vorliegen, daß das Testament nichtig oder doch mindestens wegen Pflichtwidrigkeit anfechtbar sei: der Umstand allein aber, daß der Kläger außerhalb des Processes sich auf diese beiden einander ausschließenden Mängel beruft, kann ihm nicht die Befugniß rauben, an erster Stelle sich auf den Klaggrund zu stützen, zu dem er vorzugsweise Vertrauen hat, also auch nach Befinden auf die Inofficiosität[5]). Immer muß ja, falls in einem solchen Processe dargethan wird, daß das Testament nichtig ist — ein Beweis, den freilich der beklagte Testamentserbe schwerlich unternehmen wird — die Querel abgewiesen werden. — Wie wenig jene subjective Ansicht des Klägers für die Behandlung des subsidiären Rechtsmittels Bedeutung hat, zeigt die Art, wie die Quellen die Subsidiarität bezeichnen. In Frage kommt überall nur, ob in Wahrheit ein concurrirendes Rechtsmittel vorhanden ist. Vergl. z. B. Ulpian's Bemerkung über die nach Ablauf des annus utilis zu ertheilende actio quod metus causa, l. 14 § 2 D. quod met. c. 4. 2:

In causae autem cognitione versatur, ut, *si alia actio non sit*, tunc haec detur —,

das Edict über die actio doli, l. 1 § 1 D. de dolo 4. 3:

— *si de his rebus alia actio non erit,* — judicium dabo,

die Bemerkung über die Wiedereinsetzung Minderjähriger bei Ulp. l. 16 pr. D. de minor. 4. 4:

In causae cognitione etiam hoc versabitur, *num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem* —.

Wir dürfen hiernach behaupten, daß kein Zeugniß der Quellen vorliegt, welches für die Eingangs dargestellte einschränkende Auffassung der Subsidiarität spräche. Ist dies aber begründet, so muß uns die allgemeine Fassung der von Letzterer redenden Zeugnisse (Anm. 1) dazu bestimmen, nur da eine Querel zuzulassen, wo sich dem Notherben kein andres Mittel darbietet, seine Erbberechtigung

---

[5]) In diesem Sinne wird l. 8 § 12 cit. schon in Bas. 39. 1. 8 schol. 26 (Stephanus ad v. *ἀνίσχυρον τὴν διαθήκην*) erklärt: *Οὐκ εἶπε δεικνύων, ἀλλὰ λέγων τέως, οὐ πάντως τῆς ἀληθείας ἐχούσης οὕτως· ἢ γὰρ ἂν οὐκ ἐδίδοτο αὐτοῖς δεϊνοφικιόσο, πρῶτον μὲν ἐπειδὴ μὴ κατὰ ρούπτας ἢ νὸν ἴουρε φάκτας, ἀλλα κατὰ ἐρρωμένης διαθήκης ἡ δεϊνοφικιόσο παρέχεται· ἔπειτα δὲ ὅτι καὶ σουβδιαρία ἐστὶν ἡ δεϊνοφικιόσο·* Uebereinstimmend Mühlenbruch a. a. O. — Andere Auslegungsversuche, die weder nahe liegen noch sonst befriedigen, bietet Schneider S. 444—452.

zur Geltung zu bringen. In der That sind die im § 2 J. h. t. gewählten Ausdrücke den soeben mitgetheilten Aeußerungen über die actio doli und andre subsidiäre Rechtsmittel durchaus ähnlich.

Hervorzuheben ist eine Ausnahme, die der Grundsatz der Subsidiarität erleidet. In einer schon in anderm Zusammenhange besprochenen Stelle — l. 1 § 6 D. si a parente 37. 12 — lehrt Ulpian, dem Vater stehe neben der ihm durch das Edict in Aussicht gestellten bon. poss. contra tabulas gegenüber dem Testament des von ihm emancipirten Kindes auch die Querel zu (jus antiquum)[6]). Das ist in der That eine Ausnahme vom Grundsatz der Subsidiarität und eine sehr begreifliche. Zu dem ursprünglichen civilen Anspruch ist hier das prätorische Institut hinzugetreten, gleich dem Ersteren dazu bestimmt, gegen die pflichtwidrige letztwillige Zurücksetzung des parens manumissor Abhülfe zu gewähren. Die bei beiden Wegen vorliegende gleiche Tendenz schließt die Absicht des Prätor aus — und das besagen in der That Ulpian's Worte —, das Querelrecht einzuschränken[7]).

II. Erbunwürdigkeit[8]). Positiver Natur ist der Satz, daß der Notherbe, welcher den letzten Willen mit der Querel erfolglos angefochten hat, das ihm mittelst desselben Hinterlassene als erbunwürdig an den Fiscus verlieren soll[9]). Voraussetzung ist, daß der Notherbe den bis zum Enderkenntniß durchgeführten Proceß verloren hat[10]). Weitere Einzelnheiten, in denen die Vorschrift casuistisch in den

---

[6]) Die l. 1 § 6 cit. ist schon im § 34 unter B. S. 244 ff. besprochen; indessen soll das kurze Fragment seiner Bedeutung wegen hier noch einmal Platz finden: Patrem autem accepta contra tabulas bonorum possessione et jus antiquum, quod et sine manumissione habebat, posse sibi defendere Julianus scripsit: nec enim ei nocere debet, quod jura patronatus habebat (habeat? Momms.), cum sit et pater.

[7]) Bas. 40. 6 1 schol. 6 Schmidt S. 140 f. Anm. 37. (Wenn übrigens Schmidt hervorhebt, daß die Subsidiarität in den Quellen nur in Bezug auf die Kinder ausgesprochen werde, so ist zu erinnern, daß die l. 4 C. de lib. praet. 6. 28 offenbar einen allgemeineren Grundsatz aufstellen will, und daß kein Grund erfindlich ist, um dessen willen grade die Kinder im Gebrauch der Querel mehr als andere Notherben beschränkt sein sollten).

[8]) Das Einzelne bei Vangerow II § 565 Anm. unter I. A. 7. Keller, Instit. S. 395 unter c., verglichen mit S. 393 unter b.

[9]) l. 8 § 14 l. 22 § 1 — 3. l. 30 § 1 D. h. t. l. 5 § 8. 9. D. de his quae ut indign. 34. 9. l. 13 § 9 D. de jure fisci. 49. 14.

[10]) l. 8 § 14. l. 22 § 1—3 citt.

Quellen ausgeführt wird, dürfen als der Lehre von der Erbunwürdigkeit angehörig übergangen werden. Nur Eins ist zur Hervorhebung des Gegensatzes gegen eine im § 58 bei Anm. 22 erwähnte Bestimmung zu bemerken: der Vormund, der Namens seines Mündels die Querel zum Austrag gebracht hat, büßt darum das ihm selbst im angefochtenen Testament Zugewendete nicht ein[11]).

Auch hier begegnen auf verwandten Gebieten verwandte Sätze. Dem Patron, welcher gegen das Testament des Freigelassenen die bon. poss. contra tabulas nachgesucht hat, werden die Klagen wegen der ihm durch letzten Willen des Erblassers ausgesetzten Zuwendungen versagt[12]). Indessen tritt dabei keine Erbunwürdigkeit ein, vielmehr wird das dem Patron Hinterlassene, zu dessen Verfolgung die mit der bonorum possessio gegebenen Rechtsmittel dienen, in den Pflichttheil eingerechnet[13]). — Ebenso verliert ein Descendent, welcher die (gemeine) bon. poss. contra tabulas erbeten hat, die Vortheile, welche ihm durch letzten Willen des Ascendenten in Aussicht gestellt waren[14]). Auch hier besteht keine Erbunwürdigkeit; die ausfallenden Verfügungen bleiben bei der nach den Grundsätzen der prätorischen Notherbfolge eintretenden Vertheilung des Vermögens unberücksichtigt.

Kehren wir auf einen Augenblick zur Querel zurück. In einem durch Bescheid des O.-A.-G. zu Cassel vom 22. März 1861 bestätigten oberrichterlichen Erkenntnisse[15]) wurde die Folge der Erbunwürdigkeit ausgeschlossen gegenüber einem Kläger, der bei Lage der Sache nur mit der Ergänzungsklage auftreten konnte, deshalb mit der Querel abgewiesen wurde. Die Entscheidung macht geltend, die vorliegenden Aussprüche des römischen Rechts setzen ein Verhältniß voraus, „wo die rechtliche Begründung der Inofficiositätsquerel nicht in Frage stehe, da nur unter dieser Voraussetzung die Möglichkeit eines Unterliegens mit der den Klaggrund bildenden Behauptung der Inofficiosität im Sinne jener Gesetze liege." Diese Auffassung ver-

[11]) l. 30 § 1 D. de inoff. 5. 2.

[12]) Ulp. l. 16 § 5 D. de bon. libert. 38. 2: Si quis bonorum possessionem contra tabulas liberti acceperit, ab omni liberti judicio repellitur. — Einzelnes in l. 16 § 5—9 D. eod.

[13]) l. 10 pr. l. 20 § 2. 3 D. eod. Vergl. die Darstellung bei Schmidt S. 89—91.

[14]) l. 5 § 2—4. D. de legat. praest. 37. 5. l. 18 § 1 D. de B. P. co. tab. 37. 4.

[15]) Seuffert, Arch. 15. 39.

mag ich nicht zu theilen. Das Motiv der die Erbunwürdigkeit anordnenden Vorschrift ist der in der Querel zu Tage tretende Angriff gegen die Person des Erblassers, die Behandlung seiner letzten Willensordnung als der Verfügung eines Wahnsinnigen[16]). Eben darum kann nicht in Betracht kommen, aus welchem Grunde der Angriff als ungerechtfertigt zurückgewiesen wird. Dem entsprechen auch die Aeußerungen der Quellen (Anm. 7); sie knüpfen die Erbunwürdigkeit ohne Einschränkung an das Unterliegen des Klägers im erhobenen Rechtsstreit.

§ 58.

III. Die Ergänzungsklage *).

I. Die Frage, ob schon dem classischen Recht ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils bekannt gewesen ist — gegenüber einer den Letzteren nur theilweise gewährenden Zuwendung —, ist eine sehr zweifelhafte. Soviel ist gewiß, daß eine unzulängliche Zuwendung die Querel nicht ausschloß [1]). Ganz so war es beim Pflichttheilsrecht des Patrons: eine Zuwendung, welche hinter dem Betrage des Pflichttheils zurückblieb, hinderte die bon. poss. contra tabulas nicht[2]). Indessen scheint die folgende Aeußerung aus Paul. sent. IV. 5 § 7 zu beweisen, daß der Notherbe zwischen der Querel und dem Anspruche auf Ergänzung wählen konnte:

> Filius (in. del.) judicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut quarta sibi a coheredibus fratribus citra inofficiosi querellam impleatur, jure desiderat.

Es ist begreiflich, daß ein so völlig vereinzelter Ausspruch unserer Rechtsquellen verschiedenartigen Erklärungen hat begegnen müssen.

---

[16]) Ulp. l. 8 § 14 D. h. t. Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum *improbe* dixit et non optinuit, id quod in testamento accepit perdere —, sed ei demum aufertur quod testamento datum est, qui usque ad sententiam judicum (in ins. Momms.) lite improba perseveraverit —.

*) Francke S. 328—349. Mühlenbruch, Forts. 36. S. 1—38. Arndts II S. 582 f. S. 618—621 Num. 15—17.

[1]) Antonin. (Carac.) l. 8 § 1 C. h. t. Qui autem agnovit judicium defuncti eo, quod debitum paternum pro hereditaria parte persolvit vel alio legitimo modo, etiamsi minus quam ei debebatur relictum est, — — accusare ut inofficiosam voluntatem patris quam probavit non potest. Vergl. auch l. 8 § 6. 8 D. h. t. § 6 J. h. t.

[2]) Gaj. III. 41. Ulp. 29. 1. § 1 J. de success. libert. 3. 7. l. 21 § 1 D. de jure patron. 37. 14. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 74 f. bei Anm. 125.

Die eine Ansicht nimmt ihn in dem soeben angedeuteten allgemeinen Sinne; danach konnte jeder Notherbe in der erwähnten Weise wählen[3]). Für diese Ansicht spricht, daß sie mit dem Wortlaut der uns durch Paulus aufbewahrten Nachricht am Besten vereinbar ist: die abweichenden Meinungen beruhen auf gezwungener Auslegung, vermögen sich überdies auf sonstige haltbare Gründe nicht zu stützen. Hervorzuheben sind von den sonstigen Ansichten diese. Die eine betont das „a coheredibus *fratribus*"; danach soll der Anspruch auf Ergänzung nur eingreifen — dann aber mit Ausschluß der Querel —, wenn die Miterben des verkürzten Notherben dessen Geschwister sind[4]). Hier ist entgegenzuhalten, daß es dem behaupteten Rechtssatze sowohl an innerer wie an äußerer Begründung fehlt. In letzterer Hinsicht hat man sich auf l. 3 C. h. t. berufen: allein diese im § 48 unter II betrachtete Stelle spricht nicht von einem Anspruch auf Ergänzung; zudem enthält sie eine völlig singuläre Entscheidung, die lediglich auf den in ihr besprochenen Fall berechnet ist. Umgekehrt lehren l. 8 pr. C. h. t. l. 2 C. Greg. eod., daß die Querel auch unter Geschwistern bei einer dem Einzelnen vom verstorbenen Erzeuger gemachten unzulänglichen Zuwendung stattfand.

Nicht besser steht es mit der von Mühlenbruch entwickelten Ansicht[5]): er will das „judicio patris" der Stelle nicht mit dem Verbum „consecutus sit," sondern mit dem „ut quarta — impleatur" verbinden. Danach soll Paulus sagen:

„Der Sohn kann einer darauf gerichteten väterlichen Verfügung gemäß, wenn ihm weniger als der vierte Theil zugewendet ist, Ergänzung des Fehlenden von seinen Miterben fordern."

Dieser Gedanke würde in den Worten des Juristen einen unerträglichen Ausdruck gefunden haben; dagegen lassen sich für die Auslegung, die wir jenen Worten geben, mehrfache, nahe verwandte sprachliche Vorkommnisse aufzeigen[6]).

---

[3]) So *Schulting*, jurisprud. antejust. ad Pauli rec. sent. h. l. (dort wird auf Ranchinus verwiesen); so ferner Francke S. 328. Arndts S. 582 bei Anm. 129.

[4]) So Cujac. interpret. in Jul. Paul. rec. sent. ad h. l. — I. 449; von den Neueren Glück VII S. 112.

[5]) Forts. a. a. O. S. 6 f.

[6]) Vergl. z. B. Alex. l. 1 in f. C. Greg. h. t.: — cum — non perimatur querella inofficiosi testamenti, *si ex judicio patris* supremo quarta filiae non suppletur cet. Alex. l. 2. C. Greg. eod. *si ex voluntate patris — tertiae portio-*

Daß wir für den Satz, den wir oben aus der Sentenz des Paulus ableiteten, weitere Zeugnisse der Quellen nicht besitzen, erklärt sich aus dem durch Justinian's l. 30 C. h. t. eingeführten neuen Recht. Mit Rücksicht auf Letzteres wird man alle Aeußerungen gestrichen haben, die sich auf das frühere Wahlrecht bezogen.

II. Ich komme zum Recht aus der l. 30 C. cit. von 528. Justinian will, wie er selbst ankündigt, mit seiner neuen Vorschrift der vielfach vorkommenden Vernichtung von Testamenten auf dem Wege der Querel „vel alio modo“[7]) begegnen. Hat der Erblasser einem Notherben durch Erbeseinsetzung oder Vermächtniß Etwas, doch weniger als den Pflichttheil, hinterlassen, so soll es nicht zur Querel kommen; der Notherbe soll nur fordern können, daß ihm ohne Verzug und Beschwerung das am Pflichttheil Fehlende gewährt werde. Damit ist die Querel auf den Fall beschränkt, wo dem Notherben eine Zuwendung überall nicht gemacht ist; eine ausgedehnte Anwendung hat mit der l. 30 C. cit. die Ergänzungsklage gewonnen. Ich bestimme zunächst das Gebiet des Anspruchs: dies hat nach zwei Seiten hin zu geschehen.

A. Vor Allem bedarf es einer näheren Bezeichnung der Zuwendungen, welche die Querel ausschließen. Man ist darüber einig, daß die möglichen Zuwendungsformen mit der Erbeseinsetzung und dem Vermächtniß, von denen l. 30 pr. C. cit. allein spricht, nicht erschöpft werden. Die l. 35 § 2 C. eod. von 531 — wenig über 3 Jahre jünger als die l. 30 C. cit. — erwähnt neben der letztwilligen Hinterlassung die Schenkung auf Todesfall sowie die Schenkung unter Lebenden, welche mit der Auflage der Einrechnung in den Pflichttheil gemacht wird: der Notherbe, welcher sich nach dem Tode des Erblassers den eingesetzten Erben gegenüber zum Empfang solcher Leistungen bekennt, soll damit die Ergänzungsforderung nicht verlieren. In dem gleichen Sinne wird die soeben beschriebene Form der Schenkung unter Lebenden in der (interpolirten) l. 25 pr. D. h. t. besprochen[8]). — Damit stimmen oberstrichterliche Erkennt-

---

nis quarta ad te sine ulla deminutione *pervenire non potuit*, inofficiosi testamenti accusationem instituere non prohiberis. — l. 21 § 1 D. de jure patron. 37.14.

[7]) Ueber die an diesen Ausdruck anknüpfende Ansicht, wonach die l. 30 C. cit. nicht allein in das Pflichttheilsrecht, sondern ebenso in das formelle Notherbenrecht der sui und emancipati tief eingreifen würde, vergl. einstweilen § 31 unter 2 (S. 214 f.).

[8]) Vergl. namentlich Francke S. 330.

nisse überein, wenn sie vom Standpunkt des neuesten Rechts sich dahin aussprechen, daß die Einsetzung des Notherben auf das, was er vom Erblasser bei dessen Lebzeiten empfangen und sich in den Pflichttheil einzurechnen hat, den formellen Anforderungen des Notherbenrechts genügt und den Pflichttheilsberechtigten auf die Ergänzungsklage beschränkt[9]).

Sieht man sowohl vom alten formellen Notherbenrecht wie von der Einsetzungsvorschrift der Nov. 115 ab, so darf man weder bei den außerhalb der Bestimmung der l. 30 pr. C. cit. liegenden Fällen der Schenkung auf Todesfall oder unter Lebenden stehen bleiben, noch die Einsetzung auf das vom Erblasser bei dessen Lebzeiten Empfangene fordern; vielmehr ist zu sagen: jede gültige Zuwendung auf den Pflichttheil aus einem Rechtsgeschäft unter Lebenden wie auf den Todesfall schließt die Querel aus, läßt also nur die Ergänzungsklage bestehen.

Immer jedoch muß eine Zuwendung von Vermögenswerth vorliegen, wenn es nicht zur Querel kommen soll. Ist diesem Erforderniß durch die Einsetzung des Notherben auf eine einzelne Sache genügt, wenn diese Sache nicht existirt? Die Frage ist behandelt in einem Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 28. Nov. 1826[10]): der Gerichtshof hält die Verfügung, sofern nur wirkliche Ernennung zum Erben vorliegt, (vom Standpunkt der Nov. 115) für genügend: in der Einsetzung, heißt es, sei eine injuria praeteritionis nicht enthalten, sie habe deshalb nur die Wirkung, daß dem Notherben der volle Pflichttheil verabfolgt werden müsse; der gesetzliche Ausdruck „*supplere legitimam*" sei mithin nicht im strengsten Sinn zu nehmen. — Man wird die Entscheidung mit abweichender Begründung aufrecht halten können. Der neben wirklichen Theilerben auf eine einzelne Sache gerufene Erbe wird als mit einem Erbschaftsvermächtniß rücksichtlich seines Erbtheils belastet und wiederum mit einem Singularvermächtniß der einzelnen Sache bedacht behandelt; zugleich aber werden beide Vermächtnisse ohne Weiteres als erfüllt angesehen[11]). Existirt nun die einem solchen

[9]) Erk. des O.-Trib. zu Stuttgart vom 28./29. März 1862 bei Seuffert, Arch. 19. 173. Vergl. auch das Erk. des O.-A.-G. zu Cassel vom 27. Januar 1844, das. 11. 66.

[10]) Seuffert, Arch. 29. 253.

[11]) l. 13 C. de hered. inst. 6. 24.

Erben zugedachte Einzelsache nicht, so ist das für ihn angeordnete Vermächtniß ungültig. Indessen kommt ihm als wirklichem Erben die Trebellianische Quart zu[12]): mit Rücksicht hierauf ist die Erbeseinsetzung ex re certa in der That eine Zuwendung, die zur Ergänzungsklage führen kann.

B. Einzugehen ist ferner auf eine für die volle Einsicht in das Verhältniß der Ergänzungsklage zur Querel wichtige Streitfrage. Justinian beschränkt in l. 30 pr. C. cit. den Anspruch auf Ergänzung durch die Worte:

— si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator edixit: nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare et hujusmodi quaestionem introducere. —

Wie ist es nun, wenn der Erblasser dieser Vorschrift entsprechend bei Aussetzung einer den Pflichttheil nicht voll deckenden Zuwendung erklärt, der Notherbe sei nicht würdig, mehr zu empfangen? Hat hier der Notherbe, der darauf vertraut, daß der Proceß den Ungrund des Vorwurfs erweisen wird, zur Ergänzungsklage[13]) oder hat er zur Querel[14]) zu greifen? Ich entscheide mich für die erste Alternative. Justinian stellt in erster Linie die allgemeine Vorschrift auf: liegt eine geeignete, wenn auch unzulängliche Zuwendung vor, so hat es nicht zur Querel zu kommen, mag der Erblasser wegen der eventuellen Erhöhung Vorsehung getroffen haben oder nicht. Daß eine solche Gesetzesbestimmung auf das etwaige Vorhandensein eines Ausschließungsgrundes Rücksicht nehmen mußte, fällt in die Augen. Nach bisherigem Recht kam es nicht zur Querel, wenn die Verkürzung eine verdiente war: ist nun auch die Querel zum Theil durch die Ergänzungsklage ersetzt, so hat doch das Erforderniß nicht aufgegeben werden sollen, daß der Pflichttheilsberechtigte des Schutzes des Rechts würdig sei. Allein um einer sehr einleuchtenden Erwägung willen beschränkt der Kaiser für diesen Fall die Berücksichtigung von Ausschließungsgründen. Ein Erblasser, der dem Pflichttheilsberechtigten überhaupt Etwas hinterläßt, hat im Zweifel nicht dafür gehalten, daß ihm dieser Erbe Grund zur Verkümmerung des Pflichttheils gegeben

[12]) Vergl. Vangerow II § 449 Anm. 2, wo Weiteres über die Frage.

[13]) Dies ist die Ansicht von Francke S. 340. Windscheid III § 582 Anm. 6.

[14]) Dafür Puchta, Pand. § 490 bei Anm. n. Köppen, Grundriß eines Systems u. s. w. S. 57. 58. 65.

habe; mit Rücksicht hierauf sollen die Testamentserben den Vorwurf der Unwürdigkeit nur erheben, wenn derselbe im Testament ausgesprochen ist. Diese Bestimmungen bewegen sich auf dem Boden der Ergänzungsklage: es fehlt an jeder Andeutung, daß die dem Notherben im Testament zur Last gelegte ingratitudo eine Form sein sollte, welche das Rechtsmittel der l. 30 C. cit. auszuschließen und den Streit wieder in das Geleise der Querel hinüberzuleiten vermöchte. Am wenigsten darf man sagen, die l. 30 C. cit. gründe den Anspruch auf Erfüllung des Pflichttheils auf den vermuthlichen Willen des Erblassers, und diese Vermuthung werde durch die Erklärung, der Notherbe habe ein Mehreres nicht verdient, ausgeschlossen[15]). Denn die Worte „sive adjiciatur testamento de adimplenda legitima portione sive non“ wollen nur hervorheben, worin das Gesetz vom bisherigen Recht abweicht: konnte doch bis dahin der Pflichttheilsberechtigte nur durch eine ausdrückliche Clausel, wie sie die Worte andeuten, auf die Nachforderung des am Pflichttheil Fehlenden beschränkt werden. Und was die Verordnung selbst betrifft, daß dem Notherben nur dann Unwürdigkeit soll vorgehalten werden können, wenn diese schon im Testament zur Sprache gekommen ist, so will dieselbe zwar dem wahren Willen des Erblassers Rechnung tragen, aber doch nur dem auf Ausschließung oder Nichtausschließung gerichteten Willen, nicht einem solchen, der sich auf die Erhöhung der Zuwendung bis zum vollen Pflichttheil bezöge.

Lediglich zu erwähnen ist, daß die l. 30 C. cit. die Ergänzungsklage auch für das patronatische Pflichttheilsrecht eingeführt hat: wegen der Durchführung im Einzelnen ist begreiflich aus dem von dieser Anwendung handelnden Material der Quellen nichts zu entnehmen[16]).

III. Juristisch stellt der Anspruch auf Ergänzung eine Obligation des Testamentserben dar, deren Wesen durch die Bezeichnung als gesetzliches Vermächtniß richtig getroffen wird[17]).

---

[15]) Selbst Windscheid a. a. O. gibt, wie mir scheint, zu viel zu, indem er den im Text zurückgewiesenen Gedanken in l. 30 pr. C. cit. ausgeprägt findet.

[16]) Vergl. außer l. 30 C. cit. den § 3 J. de succ. libert. 3. 7 und wegen der Bedeutung der Neuerung für die patronatische Pflichttheilsberechtigung Schmidt, Pflichtth.-R. S. 82—84.

[17]) Dafür spricht zwar weniger bestimmt die l. 30 pr. C. cit. verb. „non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare cet.“, dagegen ist der Gedanke der

Eine heutzutage überwundene Meinung wollte in der Ergänzungsklage eine actio in rem scripta sehen: man wird den Gedanken unhaltbar finden, wenn man erwägt, daß die Forderung nicht auf individuelle Vermögensstücke geht, sondern auf eine Geldsumme; hier ist am wenigsten zu erkennen, wie die Verbindlichkeit dritte Erwerber von Theilen der Erbschaft, wie sie insbesondere die Vermächtnißnehmer treffen sollte[18]).

Mehr Bedeutung hat die Ansicht, welche dem Anspruch im einzelnen Fall dieselbe juristische Natur beilegen will, die der ursprünglichen Zuwendung zukommt[19]). Dafür bietet sich scheinbar ein Anhalt in den einleitenden Worten der l. 36 pr. C. h. t.[20]); man könnte diese so verstehen wollen, als sollte eine auf die Ergänzung des am Pflichttheil Fehlenden gerichtete Verfügung des Erblassers fingirt werden. So ist es jedoch nicht. Justinian knüpft zwar an die auch sonst in den Quellen berührte Cautel an, wonach der Erblasser bei Anordnung einer Zuwendung an einen Notherben auf den Fall, daß diese unzulänglich wäre, Ergänzung vorschrieb[21]). Mit Rücksicht darauf aber wird lediglich verordnet, daß auch ohne eine solche Erklärung des letzten Willens nur ein Anspruch auf Ergänzung bestehen solle: weder liegt eine Zurückführung dieses Satzes auf den Willen des Erblassers vor, noch wird in andrer Weise die juristische Gestalt der Forderung in's Auge gefaßt.

Schon Arndts[22]) hat ferner gezeigt, daß jene Ansicht zu Verwicklungen führen müßte, wo die Grundlage der Ergänzungsklage in einer Mehrheit einzelner Verfügungen von verschiedener juristischer Natur (Erbtheil neben Vermächtniß), vielleicht von Verfügungen zu Lasten von verschiedenen Personen bestände. Hinzuzufügen ist, daß es unter

---

Verbindlichkeit der Erben scharf ausgeprägt in Nov. 115 c. 5 pr. — Ungerechtfertigt scheint mir die Entscheidung des O.-A.-G. zu Celle vom 3. Juli 1843 (Seuffert 11. 64), wonach der Uebergang von der Erbschaftsklage zur Ergänzungsklage keine unzulässige Klagänderung enthalten soll.

[18]) Bemerkungen über die Stimmen für und wider bei Glück VII S. 146. 147; Widerlegung der Ansicht bei Mühlenbruch S. 21 f.

[19]) Der jüngste Vertreter dieser Ansicht ist meines Wissens Puchta, Pand. § 489 a. E. Weitere Citate bei Mühlenbruch S. 23.

[20]) l. 36 pr. C. cit.: Scimus ante constitutionem fecisse, qua cautum est, si pater minorem debita portionem filio suo reliquisset, omninmodo, et si non adjuciatur viri boni arbitratu repleri filio, attamen *ipso jure inesse eandem repletionem.* —

[21]) Vergl. § 3 J. h. t. 2. 18. l. 25 pr. D. h. t. l. 4 C. Th. eod. 2. 19.

[22]) A. a. O. S. 618 f.

Umständen ganz an einer Klage fehlen würde: so da, wo die ursprüngliche Zuwendung in einer durch Hingabe einer Sache vollzogenen Schenkung bestand[23]).

Um seinen Anspruch dem Umfange nach festzustellen, kann der Notherbe — in Verbindung mit der Ergänzungsklage oder schon vor dieser — vom Testamentserben Vorlegung eines Inventars oder eidlichen Verzeichnisses des Nachlasses fordern[24]).

IV. Von den beim Ergänzungsanspruch einander gegenüberstehenden Parteien ist der Forderungsberechtigte mit dem Begriff des materiellen Notherbenrechts ohne Weiteres gegeben: hervorzuheben ist nur, daß die Vorschrift der l. 30 C. cit. gleichmäßig auf alle Pflichttheilsberechtigte geht[25]). — Daß die Verbindlichkeit die Testamentserben trifft, wurde schon im Eingang von III bemerkt: ihnen steht aber gleich, wer rechtlich als Gesammtnachfolger an ihre Stelle tritt. So der Erbeserbe, der Erbschaftsvermächtnißnehmer: § 7 J. de fideic. heredit. 2. 23.

Eine Schwierigkeit ergibt sich, wenn das Testament eine Mehrheit von Erben ruft, unter diesen aber einzelne neben der Berufung durch den letzten Willen auch Notherbenberechtigung oder doch gesetzliche Erbberechtigung für sich haben, andere nicht. Sollen hier alle Erben entsprechend dem Wesen des Forderungsrechts gleichmäßig, nach Verhältniß ihrer Erbtheile, haften? Oder darf man unter gewissen Voraussetzungen sagen, daß die Erben ohne gesetzliche Erbberechtigung oder doch ohne Notherbenberechtigung allein — und zwar im ganzen Umfange der Ergänzungsforderung — in Anspruch zu nehmen sind? Die Schriftsteller unsrer Zeit theilen sich in zwei Gruppen. Die eine Meinung[26]) läßt die Testamentserben, denen gesetzliche Erbberechtigung (oder, wie Mühlenbruch will, Notherbenberechtigung) zur Seite steht, auf Höhe ihres Intestaterbtheils von der Verbindlichkeit frei bleiben. Zur Begründung sollen die

[23]) Wegen der Bedeutung der Controverse für die Frage des gesetzlichen Pfandrechts Francke S. 333. Mühlenbruch S. 27 Anm. 58.

[24]) Erk. des O.-A.-G. zu Cassel vom 3. Juni 1853 (Seuffert, 11. 212).

[25]) l. 30 C. cit.: — censemus — certa et statuta lege tam mortuis consulere quam *liberis* eorum *vel aliis personis*, quibus eadem actio (sc. de inofficioso) competere poterat. — Ebenso allgemein l. 31. l. 32. l. 35 § 2. 3 C. h. t. § 3 verglichen mit § 1 J. cit.

[26]) So (mit Berufung auf eine sehr unbestimmt gefaßte Aeußerung von Glück VII S. 146) Francke S. 334. Mühlenbruch S. 29.

folgenden als Analogie herangezogenen Sätze bei der Erbschaftsklage des Theilerben und bei der Querel dienen. Findet der Theilerbe als Erbschaftsbesitzer einen Erben vor, der ihm in der gesetzlichen Erbberechtigung gleichsteht, auch nicht mehr als seinen gesetzlichen Erbtheil besitzt, neben diesem aber einen im Mitbesitz befindlichen Fremden, so hat dieser Letzte die Erbschaftsklage so aufzunehmen, als wäre er allein im Besitz des dem Kläger gebührenden Erbtheils[27]). Bei der (in Verbindung mit der Erbschaftsklage erhobenen) Querel aber lehrt l. 19 D. h. t., daß der Notherbe, dem als testamentarische Erben ein zweiter Notherbe und ein Fremder gegenüberstehen, den Ersteren nicht soll in Anspruch nehmen können, sofern derselbe nach dem Testament nur seinen gesetzlichen Erbtheil oder weniger besitzt. — Eine andere Meinung will auch die eingesetzten Notherben nur insoweit von der Ergänzungsklage befreit wissen, als ihnen nur der Pflichttheil zu Theil wird; man bestreitet demnach, daß solche Erben im Umfange des vollen gesetzlichen Erbtheils befreit würden[28]).

Die Frage ist nach Lage der Quellen eine sehr zweifelhafte; indessen wird man sich für die erste Ansicht zu entscheiden haben. Dies soll vorweg durch ein Eingehen auf die für die zweite Ansicht von Arndts (Anm. 28) entwickelten Gründe dargelegt werden. Arndts bestreitet, daß vom Recht der Querel, bei welcher in l. 19 D. de inoff. 5. 2 der Grundsatz anerkannt ist, daß dem eingesetzten Notherben der volle gesetzliche Erbtheil ungeschmälert belassen werden muß, auf die Ergänzungsklage Angesichts der verschiedenen Natur beider Rechtsmittel geschlossen werden könne. Bei der Querel sei der Satz angemessen gewesen, da sie Rescission des Testaments und damit gesetzliche Erbfolge herbeiführen wolle, dadurch aber der eingesetzte Notherbe wieder denselben Erbtheil bekommen würde, auf den er eingesetzt sei. Die Ergänzungsklage dagegen bezwecke nur Vervollständigung des Pflichttheils — ganz so, als sei solche ausdrücklich im Testament angeordnet: diese sei eine Last der Erbschaft, die jeder Erbe nach Verhältniß des Erbtheils anerkennen müsse, soweit dadurch nicht geschmälert werde, was der Erblasser nicht schmälern dürfe.

Ich meine, die Berufung auf die verschiedene Natur beider Rechtsmittel kann hier nicht entscheiden. Wenn auch die Querel die gesetzliche Erbfolge herbeiführen will, so verfolgt sie doch diesen Zweck

---

[27]) l. 1 § 3 D. si pars 5. 4. Vergl. l. 8 D. de R. V. 6. 1.

[28]) So Arndts S. 620 f. Windscheid III § 584 Anm. 3.

grade nach den Ausführungen der hier in Betracht kommenden l. 19 D. h. t. 5. 2 nur im Umfange des gesetzlichen Erbtheils des klagenden Notherben: sie führt darum nicht durchweg zur gesetzlichen Erbfolge, insbesondere nicht für den auf Grund seiner Einsetzung im Testament antretenden Notherben. Entschiede man von diesem Grundsatz aus nach regelmäßigem Recht den Fall der l. 19 cit., wo ein Fremder zu drei Viertheilen, die eine Tochter der Erblasserin zu einem Viertheil der Erbschaft eingesetzt, die zweite Tochter aber übergangen war, so hätte die klagende Notherbin die Hälfte des Vermögens (als gesetzlichen Erbtheil) nach Verhältniß von beiden Testamentserben einzufordern; der Fremde hätte 3/8, die eingesetzte Tochter 1/8 der Erbschaft herauszugeben. Ein solches Verfahren aber würde den Erbtheil der eingesetzten Tochter definitiv auf 1/8 herabmindern. Denn den Pflichttheil (ein Achtel) behielte diese Tochter noch immer, sie hätte daher keinen Grund zur Querel gegen den Miterben. Ebensowenig nützte ihr die Erbschaftsklage: jeder Testamentserbe besaß ja nur den ihm ausgesetzten Erbtheil, dieser aber ist durch die Querel des Notherben in der Hand des einen so gut geschmälert, wie in der Hand des andern. — So nach regelmäßigem Recht; indessen bringt Paulus nicht dieses Recht, sondern aus Rücksichten der Billigkeit einen regelwidrigen Grundsatz zur Anwendung: die übergangene Tochter soll mittelst der mit der Querel zu verbindenden Erbschaftsklage die ganze bei der gesetzlichen Erbfolge ihr gebührende Vermögenshälfte vom eingesetzten Extraneus abfordern, es wird demnach so angesehen, als hätte dieser den ganzen Erbtheil der Notherbin inne[29]). Warum diese Auffassung vom Standpunkt jener Klage weniger regelwidrig sein sollte, wie vom Standpunkt der rein persönlichen Ergänzungsklage, ist nicht zu erkennen: auch bei Ersterer müßte in Wahrheit gesagt werden, der Erbtheil der Notherbin befinde sich in den Händen der beiden Testamentserben[30]). Die Entscheidung des Paulus ist daher nur so

---

[29]) Paul. l. 19 cit.: — et ideo *ab extraneo semissem vindicandum* et defendendum totum semissem esse auferendum, *quasi semis totus ad hanc pertineat.* Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae judicium ultimum ejus damnetur.

[30]) Dies haben sich die römischen Juristen selbst nicht verhehlt. Vergl. Ulp. l. 1 § 3 D. si pars 5. 4: — ceterum *ratio facit, ut a duobus petam hereditatem, hoc est et a coherede meo* —: sed Pegasi sententia *utilior est.* Im Fall der l. 1 § 3 cit. wird freilich der singuläre Satz nur zur Verhütung doppelter

zu erklären. Hätte die Erblasserin die eingesetzte Notherbin übergangen, so könnte diese den gesetzlichen Erbtheil mit der Querel fordern: darum ist ihr im gleichen Umfange der testamentarische Erbtheil gegenüber den Pflichttheilsansprüchen anderer Notherben zu erhalten, jene Ansprüche sind gegen andere Testamentserben zu richten, denen keine Pflichttheilsberechtigung zur Seite steht.

Dieselben Erwägungen behaupten ihr Recht bei der Ergänzungsklage, und darum scheint mir die Analogie der l. 19 cit. dafür zu sprechen, daß eingesetzte Notherben (anders als einfache Intestaterben) im Umfange ihres vollen gesetzlichen Erbtheils, nicht blos des Pflichttheils, mit der Klage verschont bleiben müssen.

Das gewonnene Ergebniß wird freilich durch die Grundsätze des patronatischen Pflichttheilsrechts wieder in Frage gestellt. Nach diesen ist ohne Zweifel der einzelne von mehreren Patronen als eingesetzter Erbe der bon. poss. contra tabulas des Mitpatrons insoweit ausgesetzt, als ihm mehr als der eigne Pflichttheil zugewendet ist[31]). Wie mir scheint, läßt sich die Abweichung gegenüber der l. 19 cit. nur daraus erklären, daß bei dieser contra tabulas ebensowohl der Pflichttheil wie der mit der bonor. possessio zu erlangende Erbtheil unveränderlich die Hälfte des Vermögens ausmacht, während die Querel von der durch das Recht angesonnenen Zuwendung des Pflichttheils zu dem im Proceß zu beanspruchenden vollen gesetzlichen Erbtheil überspringt. — Danach ist die Frage übrig: ist nicht für die Ergänzungsklage, die sich gleich jener bon. poss. contra tabulas durchweg im Rahmen des Pflichttheils bewegt, die Analogie des prätorischen Instituts entscheidend? Ich nehme Anstand, dies zu bejahen; man wird vielmehr fragen müssen, welchem Pflichttheilsanspruch im einzelnen Fall die Ergänzungsklage zur Seite tritt. Auf dem Gebiet des gemeinen Pflichttheilsrechts der Verwandten theilt sie die Herrschaft

---

Processe verwendet; dagegen führt er im Fall der l. 19 cit. dazu, wie die Ausführung im Text zeigt, daß der im Mitbesitz des Vermögens befindlichen Notherbin ein Theil der Erbschaft gegen dauernde Entziehung gesichert wird.

[31]) Ulp. l. 10 pr. D. de bon. libert. 38. 2. Si ex patronis alicui satisfactum non erit ita, ut alii amplius sua portione ex bonis liberti relinquatur: ei, cui satisfactum non erit, ita actio dabitur, ut ejus portio suppleatur ex eo, *quod extraneo heredi et quod patrono supra suam portionem relictum est.* eadem ratio et in pluribus patronis servabitur. l. 34 D. eod. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 90 Anm. 156. (Schmidt scheint übersehen zu haben, daß der Grundsatz der l. 19 cit. weiter geht, als der Inhalt von l. 10 und l. 34 citt.)

mit der Querel: darum ist gewiß deren Analogie bei der Frage nach der Person des Verklagten zur Richtschnur zu nehmen[32]). Anders wäre zu urtheilen gewesen, wenn es sich um die Grundsätze für die dem Patron nach l. 30 C. cit. zukommende Ergänzungsklage gehandelt hätte[33]).

Die hier ausgeführten Sätze berühren sich mit einer letzten Frage. Zu untersuchen ist noch die Ergänzung des Pflichttheils von Geschwistern. Wie ist es, wenn einem Bruder der Pflichttheil nur theilweise gewährt ist, das Testament aber neben unbescholtenen Erben bescholtene ruft? Der Satz, daß die Ergänzungsklage sich als persönlicher Anspruch gegen die sämmtlichen Erben nach Verhältniß von deren Erbtheilen wendet, wird hier durchkreuzt durch die andre Regel, daß ein Pflichttheilsanspruch von Geschwistern nur erhoben werden kann, soweit ihnen bescholtene Personen vorgezogen sind. Soll man nun annehmen, daß Letztere solchenfalls nur auf den Theil des am Pflichttheil der Geschwister fehlenden Betrags in Anspruch zu nehmen sind, welcher dem Verhältniß ihres Erbtheils zur ganzen Erbschaft entspricht? Gewiß nicht: die Ergänzungsklage wendet sich gegen sie zum vollen fehlenden Betrage, soweit ihr Erbtheil ausreicht[34]). Daß derselbe Satz für die Querel gilt, versteht sich von selbst: bei dieser aber wird man ohne Bedenken die oben aus l. 19 D. de inoff. 5. 2 nachgewiesene Auffassung zur Anwendung gebracht, demnach die bescholtenen Erben so angesehen haben, als seien sie allein im Besitz der den Geschwistern gebührenden Erbtheile. Erkennt man dies an, so wird man auch den entsprechenden, soeben dargelegten Satz bezüglich der Ergänzungsklage auf die Analogie der Querel gründen dürfen. Damit aber wird es gerechtfertigt, daß wir von dem gleichen Gedanken bei

---

32) Es wäre jedenfalls ein auffälliges Ergebniß, wenn der Notherbe bei gänzlicher Vorenthaltung des Erbtheils andre Personen zu belangen hätte (nach Inhalt der l. 19 D. h. t.), wie bei theilweiser. — Ein weiteres Argument für die Ansicht des Textes ergibt sich am Schluß der Num. IV aus der Betrachtung der folgenden Frage.

33) Vergl. § 3 J. de success. libert. 3. 7.

34) So das Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck vom 21. Januar 1854 bei Seuffert 7. 342. (Hier wird der Satz, daß die bescholtenen Personen allein auf den vollen zur Ergänzung des Pflichttheils erforderlichen Betrag in Anspruch genommen werden können, grade aus den oben im Text besprochenen Stellen — l. 1 § 3 D. si pars 5. 4. l. 19 D. h. t. 5. 2 — abgeleitet.)

der Entscheidung der vorigen Frage (Text bei Anm. 32) Gebrauch gemacht haben.

V. Wenn wir soeben für einzelne Rechtssätze gleiches Recht der Querel und der Ergänzungsklage annahmen, so muß im Gegensatz dazu in Uebereinstimmung mit der heutigen Theorie betont werden, daß eine Anzahl singulärer Rechtssätze im Recht der Querel nicht auf die Ergänzungsklage übertragen werden dürfen. Dies gilt zunächst von den besonderen Aufhebungsgründen des Querelrechts. Die Ergänzungsklage erlischt nicht mit dem Tode des Notherben, es bedarf daher Behufs ihres Uebergangs auf die Erben keiner Präparation[35]). — Ebensowenig ist die eigenthümliche fünfjährige Verjährung auf diese Klage zu übertragen. Das Gegentheil davon ist hin und wieder von älteren Schriftstellern vertheidigt, unter Berufung auf die Schlußworte von l. 34 C. h. t. Indessen ist mit Recht erwidert, daß die in den Schlußworten dieses Gesetzes ersichtliche Hindeutung auf die Aufhebung durch Verjährung und Verzicht sich nur auf die Querel beziehen läßt; die voraufgehende Hindeutung auf die Ergänzungsklage hat die Bedeutung einer Parenthese[36]). — Daß die bei der Querel geltenden Grundsätze über Verzicht durch Anerkennung des letzten Willens nicht auf die Ergänzungsklage übertragen werden dürfen, ist eine einfache Folge aus dem Wesen der Letzteren. Dem Notherben kann die Annahme der ausgesetzten unzulänglichen Zuwendung, das vorbehaltlose Bekenntniß ihres Empfangs nicht nachtheilig sein[37]), da doch in Folge der l. 30 C. cit. für ihn keine Möglichkeit besteht, unter Ablehnung der Zuwendung zur Querel zu greifen.

Endlich läßt sich nicht daran denken, daß der Grundsatz von der Erbunwürdigkeit des Klägers bei fruchtloser Durchführung der

---

[35]) Vergl. den in Anm. 36 abgedruckten Satz der l. 34 C. h. t. Dazu Mühlenbruch S. 35.

[36]) l. 34 C. cit. verb.: — nisi certa quantitas patri ejus minor parte legitima relicta est: tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri ejus competebat. — Vergl. Francke S. 336. Mühlenbruch S. 33—35.

[37]) So ausdrücklich ausgesprochen von Justinian l. 35 § 2 C. h. t. — In weiterer Ausführung des Gedankens dieser Constitution erklärt das Erkenntniß des O.-A.-G. zu München vom 5. Januar 1849, daß Erklärung des Anerkenntnisses des Testaments, Verzicht auf ein Rechtsmittel gegen dasselbe der Ergänzungsklage nicht im Wege steht. (Seuffert, Arch. 3. 187).

Querel auf die Ergänzungsklage übertragen werden könnte. Jener Satz ist ein völlig positiver und die Gründe, welche ihn erzeugt haben, wurzeln in Eigenthümlichkeiten der Querel, denen bei der Ergänzungsklage kein analoges Verhältniß begegnet.

VI. Zu berühren ist mit wenigen Worten der Gegenstand der Klage. Wie der Pflichttheil überhaupt nach dem Stande des Vermögens im Zeitpunkt des Todes des Erblassers ermittelt wird, so wird auch in unserm Falle der Bestand des Vermögens nach diesem Zeitpunkt festgestellt und danach unter Abzug des Werths der bereits gemachten Zuwendung der Gegenstand der Forderung bestimmt. Daraus ergibt sich als Inhalt der Letzteren eine Geldschuld des verpflichteten Erben. Mit Rücksicht hierauf führt Francke[38]) mit Recht aus, daß als zu gewährende Nutzungen nur Zinsen in Betracht kommen, eine Zinsforderung aber erst von begründetem Verzuge an möglich ist. Es ist daher unverständlich, wie Mühlenbruch[39]) annehmen kann, daß dem Notherben vom Tode des Erblassers an die Aufkünfte des dem Pflichttheil entsprechenden Vermögenstheils gebühren. Weder die erwähnte Natur des Gegenstands als einer Geldleistung, noch die Natur des Anspruchs als einer (gesetzlichen) Vermächtnißforderung gewährt einer solchen Annahme einen Anhalt.

Wenn man in dieser Verbindung von den Früchten der auf den Pflichttheil hinterlassenen Vermögensstücke handelt[40]), so übersieht man, daß es sich dabei nicht um einen Gegenstand der Ergänzungsklage handelt.

Vierter Theil: **Verletzung des Pflichttheils durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden.**

§ 59.

I. Uebersicht*).

Die bisher dargestellten Grundsätze des Pflichttheilsrechts bezogen sich durchweg auf die Verpflichtung des Erblassers, welcher letztwillig über sein Vermögen verfügt, seine Notherben in bestimmtem

---

[38]) A. a. O. S. 337 f.

[39]) Band **36** S. 25 f., verglichen mit Band **35** S. 329.

[40]) So Francke S. 338.

*) Francke S. 498—544. Mühlenbruch **36** S. 38—139. Arndts II S. 643—651. Vangerow II § 462. Windscheid III § 586. (Weitere Litteratur bei Francke [S. 498], Vangerow und Windscheid).

Maße zu bedenken. Damit ist jedoch einer lieblosen Verkürzung des Pflichttheilsberechtigten nicht genügend vorgebeugt; denn die Möglichkeit bleibt, daß der gleiche Erfolg durch Freigebigkeiten unter Lebenden herbeigeführt werde. Erst in der letzten Zeit der classischen Jurisprudenz beginnt man auch auf diesem Gebiet der freien Verfügungsbefugniß des Einzelnen Schranken zu setzen[1]), — durch Zulassung eines Anspruchs des Notherben gegen die Empfänger derartiger den Pflichttheil schmälernder Freigebigkeiten. Als Erscheinungsform des Anspruchs stellt sich die Querel wegen pflichtwidriger Schenkungen und Mitgiftsbestellungen dar; außer dieser bespreche ich die Anfechtung lästiger Veräußerungen, soweit in solchen eine Schenkung enthalten ist. Einigermaßen entwickelt erscheint in der Justinianischen Compilation (und den Vaticanischen Fragmenten) nur die querella inofficiosae donationis; daher sind die einzelnen unsrer Lehre angehörigen Rechtssätze bei dieser abzuhandeln. Zu betrachten sind: das Wesen des Anspruchs (§ 60), — die Personen des Berechtigten wie des Verpflichteten (§ 61), — die Voraussetzungen des Anspruchs (§§ 62 und 63), — dessen Gegenstand (§ 64), — eine Reihe eigenthümlicher, aus dem Recht der querella inofficiosi testamenti hieher übertragener Grundsätze, namentlich die besonderen Aufhebungsgründe (§ 65). Nachdem das Recht des gedachten Anspruchs vollständig dargestellt ist, wird § 66 die querella inofficiosae *dotis* und die Verletzung des Pflichttheils durch lästige Veräußerungsgeschäfte behandeln.

Nicht anwendbar erscheint die auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden berechnete Querel bei Erbverträgen, Vermächtnissen und Schenkungen auf Todesfall.

Der hier allein in Betracht kommende Erbeinsetzungsvertrag führt zu einer Gesammtnachfolge gleich dem Testament; daher bedarf es einer Beseitigung des im Erbvertrag liegenden Successionsgrundes wie der auf ihm ruhenden Erbfolge. Die auf Einzel-

[1]) Der Zeit der classischen Jurisprudenz gehört nur das folgende von Paulus in l. 87 § 3 D. de legat. II° (31) mitgetheilte Rescript von Alexander an: Imperator Alexander Augustus Claudiano (Claudio? *Momms.*) Juliano praefecto urbi: „Si liquet tibi, Juliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querel„lae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio de„poscit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari." — Die weitere Entwicklung beruht durchweg auf Kaiserconstitutionen, die nächste nach dem Rescript Alexander's ist l. 1 C. J. h. t. von Philippus (245).

erwerbungen berechnete querella inofficiosae donationis würde hier offenbar nicht zweckdienlich sein; vielmehr hat die querella inofficiosi testamenti zur Verwendung zu kommen[2]).

In der Praxis besteht über die bei Erbverträgen zu befolgenden Grundsätze des Notherbenrechts keine vollständige Uebereinstimmung. Man ist darüber einig, daß die Ansprüche des Notherben auf letztwillige Berücksichtigung auch gegenüber dem Erbvertrage ihr Recht behaupten[3]). Dem formellen Anspruche auf Einsetzung (wo nicht gegründete Enterbung ausgesprochen wird) ist man nicht geneigt. Zwar hat das O.-A.-G. zu Celle unter'm 12. April 1820 bezüglich einer Eheberedung, in welcher mit Uebergehung der Ascendenten gegenseitige Beerbung der Eheleute festgesetzt war, allgemein ausgesprochen, es finde Anfechtung wegen Präterition wie bei einem Testament statt[4]): aber dasselbe Gericht erklärt sich dagegen, daß die Bestimmungen des römischen Rechts über die Art, wie Notherben im Testament zu berücksichtigen sind, auf Erbverträge ausgedehnt werden[5]), und dieser Satz wird in einem späteren Erkenntniß des Gerichtshofs speciell bezüglich der Vorschriften der Nov. 115 über die Erbeseinsetzung wie die Enterbung wiederholt[6]). Damit stimmt überein das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 5. Januar 1842[7]). Weiter beschränken die zuletzt erwähnten Erkenntnisse von Celle und Darmstadt den Notherben auf die Forderung des Pflichttheils, und hierin ist gleicher Ansicht das O.-A.-G. zu Cassel im Erkenntniß vom 17. August 1866[8]). Rücksichtlich der Rechtsmittel zur Verfolgung des Anspruchs scheint man verschiedener Meinung. Das Urtheil von Celle (Anm. 6) erklärt, es finde nur ein Anspruch auf „Auskehrung" des Pflichttheils, nicht eine Klage auf Rescission des Erbvertrags statt: dabei dürfte die Analogie der Ergänzungsklage vorgeschwebt haben. Das O.-A.-G. zu Darmstadt (Anm. 7) ist für analoge An-

[2]) Windscheid III § 586 Anm. 1.

[3]) Vergl. über diesen allgemeinen Satz außer den im Folgenden genannten Bescheiden das Erk. des O.-A.-G. zu Oldenburg s. a. bei Seuffert **1.** 90 und das Erkenntniß des O.-Trib. zu Berlin vom 1. April 1848 bei Seuffert **3.** 64. (Schon in diesem Erkenntniß wird auf den Schutz des Pflichttheils Nachdruck gelegt).

[4]) Seuffert **1.** 89.

[5]) Erk. vom 2. October 1846 unter b. (Seuffert **4.** 243).

[6]) Erk. von 1851, Seuffert **5.** 36.

[7]) Seuffert **4.** 138.

[8]) Seuffert **20.** 147.

wendung der Grundsätze über die *donatio inofficiosa*, es rechtfertigt damit die auf einen Theil des Vertrags beschränkte Anfechtung. Das O.-A.-G. zu Cassel (Anm. 8) unterscheidet, ob der Notherbe gänzlich von der Erbschaft ausgeschlossen, oder ob ihm nur zu wenig hinterlassen ist: im ersten Fall soll die Klage unter die Regeln der querella inofficiosi testamenti gezogen werden, im zweiten unter die der Ergänzungsklage.

Auch ein Vermächtniß[9]), dessen Zuwendung mit dem Anspruch des Notherben auf den Pflichttheil in Widerspruch tritt, kann nicht zu einem Rechtsmittel nach Art der Querel wegen pflichtwidriger Schenkung führen. Bis auf Justinian fand der Erbe, der mindestens auf seinen gesetzlichen Erbtheil eingesetzt war, wegen des Pflichttheils Befriedigung vermöge der Falcidischen Quart[10]): war aber der Erbtheil ein zu geringer und fehlte es an sonstigen ergänzenden Zuwendungen, so fand die Querel wegen pflichtwidrigen Testaments statt. Im Justinianischen Recht ist zwar zufolge der Bestimmung der Nov. 18 praef. c. 1. 2 der Pflichttheil größer als die Falcidische Quart; aber hier ist zu Gunsten des Notherben die neue Regel eingetreten, daß jede letztwillige Beschwerung des Pflichttheils ungültig ist[11]), — ein Satz, der speciell gegenüber dem Vermächtniß des Nießbrauchs am ganzen Vermögen in Nov. 18 Kap. 3 Ausdruck gefunden hat.

Endlich bei der Schenkung auf Todesfall ist für das classische Recht (seit Sever) entscheidend, daß sie dem Recht der Falcidischen Quart unterliegt[12]); in der That verweist grade gegenüber der Schmälerung des Pflichttheils durch eine solche Schenkung Alex. l. 5 C. ad l. Falc. 6. 50 auf das Falcidische Gesetz[13]). Wird nun auch auf diesem Wege der Pflichttheil seit seiner Steigerung durch

---

[9]) Vergl. hierüber wie über die Schenkung auf Todesfall Francke S. 535 f. Mühlenbruch S. 137—139, auch Glück VII S. 153—156.

[10]) Ulp. l. 8 § 9 D. de inoff. 5. 2: — nam si, cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam —. (Dazu *Cujac.* rec. ad Dig. V. 2 h. l. — VII. 182 ff.).

[11]) Justinian. l. 32 C. de inoff. test. 3. 28.

[12]) l. 2 C. de mort. c. don. 8. 57. Vergl. auch l. 42 § 1 D. eod. 39. 6. (Wegen des „jus antiquum" der Stelle Schmidt, Pflichtth.-R. S. 138 Anm. 33 a. E.).

[13]) l. 5 C. cit. Si mortis causa *immodicas donationes* in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis Falcidiae ratione secundum constitutionem divi Severi avi mei uti potes.

die Nov. 18 nicht mehr ausreichend gesichert, so bietet sich doch die weitere Handhabe, daß die Schenkung auf den Todesfall in allen Anwendungen, bei denen es sich um das Verhältniß des Beschenkten zu Notherben handelt, wie ein Vermächtniß behandelt wird [14]). Man wird also auch die Schenkung unter den Begriff der unzulässigen Belastung des Pflichttheils ziehen und darum ohne Weiteres als unwirksam behandeln dürfen.

Der zuletzt berührte Gesichtspunkt ist dann aber nach heutigem Recht bei Vermächtnissen wie bei Schenkungen auf den Todesfall durchweg maßgebend, seit durch das Canonische Recht (c. 16. 18 X. de testam. 3. 26) der Grundsatz zur Geltung gebracht ist, daß dem Pflichttheilsberechtigten der Pflichttheil und neben diesem von dem übrigen Vermögen die volle Falcidische (wie Trebellianische) Quart gebührt [15]).

---

[14]) Vergl. Windscheid III § 676 Anm. 5. Die aus den dortigen Allegaten aus den Quellen ersichtlichen Anwendungen sind diese: a. die Schenkung auf den Todesfall unterliegt der actio Fabiana und Calvisiana, ohne daß Arglist des Veräußerers erfordert wird. Dabei wird darauf verwiesen, daß auch die Vermächtnisse ohne eine solche Voraussetzung hinfällig werden (l. 1 § 1 D. si quid in fraud. 38. 5). b. Der Mitpatron, der die bon. poss. contra tab. nicht gesucht hat, unterliegt wegen einer solchen Schenkung, soweit sie in den Grenzen des Pflichttheils bleibt, den genannten Klagen so wenig wie wegen der ihm ausgesetzten Vermächtnisse (l. 1 § 5 D. eod.). c. Das Erbitten der bon. poss. contra tab. entzieht dem Notherben die Schenkung auf den Todesfall gleich dem Vermächtniß (l. 18 § 1 D. de B. P. co. tab. 37. 4.). d. Zu Gunsten der personae exceptae werden bei der bon. poss. contra tabulas gleich den Vermächtnissen die Schenkungen auf den Todesfall aufrecht erhalten (l. 5 § 7 D. de legat. praest. 37. 6).

[15]) Vergl. die Litteratur bei Windscheid III § 652 Anm. 5. Der Satz, daß neben dem Pflichttheil die Quart allen Notherben, und daß sie ihnen nicht allein gegenüber dem Erbschaftsvermächtniß gebührt, scheint in der Praxis zur Herrschaft gelangt zu sein. Dafür a. Erk. des O.-A.-G. zu Cassel s. a. bei Seuffert 5. 41. b. Erk. des O.-A.-G. zu Celle vom 2. Dec. 1858, Seuffert 13. 106. Das Erkenntniß desselben Gerichtshofs vom 30. März 1853, Seuffert 7. 207, betrifft ein einem Descendenten auferlegtes Erbschaftsvermächtniß, behauptet aber nicht, daß der Rechtssatz auf diesen Fall zu beschränken sei. c. Das bezüglich des letzten Erk. von Celle (v. 1853) Gesagte gilt auch von den Urtheilen des Cassationshofs zu Berlin vom 17. Nov. 1832, Seuffert 2. 209 (hier fideic. ejus quod supererit), — des O.-A.-G. zu Dresden vom 6. Aug. 1836 und 18. Sept. 1849, sowie vom 16. Januar 1844, Seuffert 3. 353. 4. 67. (Hier durchweg Erbschaftsvermächtnisse).

II. Die querella inofficiosae donationis.

§ 60.

A. Wesen derselben.

Zur Anfechtung pflichtwidriger Schenkungen[1]) steht dem verletzten Notherben ein persönlicher Anspruch gegen den Beschenkten zu, gerichtet auf Herausgabe des geschenkten Gegenstands in dem Umfange, in welchem solcher zur Erfüllung des Pflichttheils des Notherben — was freilich streitig und später zu erörtern ist — zu dienen hat. Jener Anspruch bildet demnach den Inhalt einer Obligation des Beschenkten gegen den Pflichttheilsberechtigten, und diese entspringt nach Rechtssatz aus der Thatsache, daß der Erblasser mehr von seinem Vermögen schenkungsweise auf den jetzigen Schuldner übertragen hat, als er ohne Beeinträchtigung des Pflichttheils des Notherben schenken durfte.

Die Auffassung der vorliegenden Klage als eines Forderungsrechts ist die herrschende: sie hat indessen bis in unsre Zeit hinein Widerspruch gefunden, indem manche Juristen von einer qualificirten Erbschaftsklage gesprochen wissen wollten[2]). Es ist hier nicht der Ort zu prüfen, ob eine solche Bestimmung des Wesens der Querel aus dem Gebiet der Obligation hinausführen würde[3]); jedenfalls ist die querella inofficiosae donationis von der Erbschaftsklage sehr verschieden. Was der Schuldner beim vorliegenden Anspruch erworben hat, ist nicht Erbschaft, sondern eine größere oder geringere Summe von Vermögensrechten, die ihm vom jetzigen Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden abgetreten sind. Der Schuldner behauptet demnach auch nicht, aus diesem seine Ver-

---

[1]) Der Ausdruck „immodicarum donationum querella" kommt nur einmal vor, in l. 9 C. de inoff. donat. 3. 29 (= l. un. C. Th. eod. 2. 20). In der Regel wird der Anspruch durch umschreibende Wendungen bezeichnet. Selbst von einer inofficiosa donatio ist außer den Rubriken von Cod. Theod. 2. 20 C. J. 3. 29 nur in l. 35 § 4 C. de donat. 8. 54 die Rede. Vergl. Mühlenbruch S. 41 Anm. 87.

[2]) S. u. A. Glück VII S. 174 ff., wo weitere Vertreter dieser Ansicht. Brinz, Abth. II S. 852 nimmt an, die Klage wechsle je nach der Art und dem Gegenstande der Schenkung von der dinglichen zur Forderungsklage. Auch das ist nicht zuzugeben.

[3]) In meiner Schrift über das Commodum bei der Erbschaftsklage habe ich S. 2 die Ansicht ausgesprochen, daß die hereditatis petitio eine Obligation ist: daran halte ich auch jetzt fest.

pflichtung erzeugenden Grunde Erbe des Schenkers geworden zu sein, er besitzt nicht pro herede: eben so sicher schließt aber die gültige Schenkung den Besitz pro possessore aus: Was sodann den Notherben betrifft, so hat man sogar mit scheinbarem Grunde behauptet, daß zur Querel weder dessen Erbesein noch das Erbewerden erfordert werde. Ich halte nun zwar diese Ansicht, wie weiter unten auszuführen ist, nur zum Theil für zutreffend; aber jedenfalls ist wahr, daß der Notherbe den Gegenstand der Forderung nicht auf Grund seiner Erbeseigenschaft, sondern um deswillen in Anspruch nimmt, weil er durch die Schenkung in dem ihm aus dem Nachlaß gebührenden Pflichttheil verkürzt ist. Die Erbeseigenschaft ist, soweit ich sie für erforderlich halte, nur condicio sine qua non für die Forderung.

Die praktische Bedeutung der erörterten Frage besteht darin, daß der Querelkläger nach der von uns verworfenen Ansicht die Klage auch gegen dritte Besitzer des verschenkten Gegenstands soll erheben können. Das ist bestimmt zu bestreiten. Soweit sich die Quellen über die Richtung des Anspruchs äußern, sprechen sie von einer Rückforderung oder Minderung des Geschenkten, einmal von einer Rescission der Schenkung: dabei ist unverkennbar überall der Beschenkte als Gegner gedacht[4]). Zudem würde die Meinung, welche den Anspruch auch gegen dritte Besitzer gerichtet denkt, für eine solche Ausdehnung Beweise beibringen müssen. Denn sicher ist es die seltene Ausnahme, daß ein Erwerb, den eine Person mittelst Rechtsgeschäfts gemacht hat und zu dessen Abholung das Recht eine Forderung entstehen läßt, weil an dem Geschäft der Vorwurf der

---

[4]) l. 87 § 3 D. de legat. II° (31) — ratio deposcit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari. Vat. fragm. 270: Si donationibus — patrimonium exhaustum in fraudem ceterorum filiorum probetur, has rescindi ad instar inofficiosi testamenti sacris constitutionibus — continetur —. Vat. fragm. 280. In dubium non venit, adversus enormes donationes jamdudum divorum principum statutis esse provisum. Ferner: — praeses provinciae, quod immoderate gestum est, revocabit — (in der entsprechenden l. 7 C. J. h. t. 3. 29: — quod immoderate gestum est revocabitur). l. 8 C. eod.: — quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti deminuetur. (l. 2 C. Th. de inoff. dot. 2. 21. Dote ab uxore marito data filios —, si neque ultra dodrantem — constituatur, de hac repetenda nullam constat habere actionem. l. un. C. J. eod. 3. 30: — concordare legibus promptum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur —).

Beeinträchtigung wohlbegründeter Ansprüche bestimmter Personen haftet, auch in den Händen des Dritten, an welchen das erworbene Vermögensstück weiter veräußert ist, Gegenstand der Forderung bleibt: die Regel ist, daß Forderungen der gedachten Art sich nur gegen den Erwerber und dessen Gesammtnachfolger richten. — Die gegentheilige Meinung stützt sich darauf, daß die Anfechtung der Schenkung nach zahlreichen Aeußerungen der Quellen auf die Analogie der querella inofficiosi testamenti gegründet wird[5]). Allein letztere Klage ist, wie wir in § 47 gezeigt haben, keine Erbschaftsklage; sie richtet sich der Regel nach nur gegen den Testamentserben, am wenigsten aber ist von ihr zu sagen, daß sie gegen den Erbschaftsbesitzer als solchen zu erheben wäre. (Vergl. § 46 unter IV).

Schon oben ist die Frage berührt, ob zur Begründung der Klage erforderlich ist, daß der Kläger Erbe des Schenkers sei. Mit Bestimmtheit bejahen dies Francke und Mühlenbruch[6]), Arndts hat widersprochen[7]). Die zweite Ansicht scheint sich durch eine Reihe von Erwägungen zu empfehlen. Jedenfalls besitzt doch der Beschenkte die in Anspruch zu nehmenden Gegenstände nur als Sondernachfolger des Schenkers; so wird an ihnen auch in der Person des Notherben nur Sondernachfolge stattfinden können. Zudem führt die Pflichttheilsberechtigung auch sonst nicht nothwendig zur Beerbung; selbst durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (z. B. Zuwendung einer Dos, einer Schenkung mit vorgeschriebener Anrechnung) kann ihr genügt werden: warum soll nun in unserm Falle Erbschaftserwerb des Notherben erforderlich sein? Arndts macht noch darauf aufmerksam, daß das Erforderniß eines solchen Erwerbs für den Notherben gradezu nachtheilig sein könnte: so da, wo die Erbschaft insolvent ist, während die Schenkung sich nicht als absichtlich zur Verkürzung der Gläubiger vorgenommen anfechten läßt.

Dennoch ist der zweiten Ansicht nur theilweise Recht zu geben; ich unterscheide so: Wo der Notherbe Erbe werden müßte, wenn es gälte, den vollen Pflichttheil aus der Erbschaft zu erlangen, kann er auch zur Klage gegen den Beschenkten ohne Erbschaftserwerb nicht greifen. Das trifft zu, wenn er zum Erben eingesetzt oder ohne

[5]) Vergl. z. B. l. 1. 2. 4. 6. l. 8 pr. l. 9 C. de inoff. donat. 3. 29. l. un. C. de inoff. dot. 3. 30.

[6]) Vergl. Francke S. 501. 517. Mühlenbruch S. 71.

[7]) Civ. Abh. II S. 644 bei Anm. 383—386.

alle Zuwendung von der Erbschaft ausgeschlossen ist. Schlägt er im ersten Fall die Erbschaft aus, oder unterläßt er es im zweiten Fall, die Ausschließung anzufechten (durch die querella inofficiosi testamenti — nach Nov. 115 durch Umstoßen der Erbeseinsetzung), so kann er nicht behaupten, daß er durch die Schenkung im Pflichttheil verkürzt sei. Der Beschenkte hält ihm entgegen, der veräußerte Gegenstand würde ihm auch dann entgangen sein, wenn derselbe in der Erbschaft geblieben wäre. Anders ist es, wo sich dem Notherben gar nicht die Möglichkeit bietet, Erbe zu werden, also wo ihm anders als durch Erbeseinsetzung eine Zuwendung auf den Pflichttheil gemacht ist. Hier würde ihm gegenüber den Erben des Schenkers nur der Weg der Ergänzungsklage offen stehen: ist er also wegen der Erfüllung des Pflichttheils auf die an den Beschenkten gekommenen Vermögensstücke angewiesen, so muß er auch ohne Weiteres — trotz der ihm mangelnden Erbeseigenschaft — die querella inofficiosae donationis einleiten können.

Die hier vorgetragenen Sätze finden ihre Bestätigung im Recht der actio Fabiana und actio Calvisiana. Wenn wir weiter oben ausführten, daß der Notherbe die Querel gegen den Beschenkten nicht auf Grund seiner Erbeseigenschaft erhebt, so begegnet dem bei jenen Klagen der Ausspruch der Quellen, daß dieselben nicht Erbschaftsklagen sind, sondern persönliche Ansprüche des Patrons[8]). Trotzdem fordert das Pandektenrecht zur Begründung der Fabiana die Agnition der bon. poss. contra tabulas, — zur Begründung der Calvisiana wenn auch nicht den Erwerb der bon. poss. intestati, so doch jedenfalls den Erbschaftsantritt[9]). — Auf der Hand liegt, daß diese Sätze eine Einschränkung im Sinn der obigen Darstellung des Rechts der querella inofficiosae donationis erleiden mußten, als Justinian auch für das patronatische Pflichttheilsrecht die Ergänzungsklage einführte[10]).

Die oben vertheidigte herrschende Auffassung, welche die que-

---

[8]) Ulp. l. 1 § 26 D. si quid in fraud. 38. 5 Haec actio (sc. Fabiana) — non est hereditaria, id est ex bonis liberti, *sed propria patroni*. Ulp. l. 16 § 6 D. de H. P. 5. 3. Idem (sc. Julianus) scribit patronum hereditatem petere non posse ab eo, cui libertus in fraudem alienavit, quia Calvisiana actione ei tenetur: patroni enim iste debitor est, non hereditarius. —

[9]) Ulp. l. 3 pr. § 2. 3 D. si quid in fraud. 38. 5. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 112. 113.

[10]) § 3 J. de success. libert. 3. 7. l. 30 pr. C. de inoff. test. 3. 28.

rella inofficiosae donationis als Forderungsrecht behandelt, gibt dieser Bestimmung einen Zusatz, den wir jedenfalls nicht ohne Einschränkung gelten lassen können. Man bezeichnet die Querel regelmäßig als eine durch die Verletzung des Pflichttheils begründete rescissorische Klage, als einen Anspruch, welcher die Rescission der Schenkung bezweckt[11]). Dies kann nur insoweit richtig sein, als ein Interesse des Notherben an der Rescission des doch zwischen dritten Personen geschlossenen Veräußerungsgeschäfts besteht. An einem solchen Interesse aber fehlt es in allen Fällen, wo der Notherbe nicht Erbe des Schenkers ist, oder wo der Beschenkte die Erben des Schenkers nicht wegen Entwehrung des geschenkten Gegenstandes in Anspruch nehmen kann. Hier kann überall nicht auf Rescission der Schenkung, es kann nur auf Herausgabe des betreffenden Vermögensstücks angetragen werden. In andern Fällen wird diese Rescission mindestens nicht in dem Umfange im Interesse des Notherben liegen, in welchem dieser den geschenkten Gegenstand abfordert. Dies gilt von den meisten Fällen, wo der Notherbe als Theilerbe dem Beschenkten evictionspflichtig wird. Denn der Umfang seines Anspruchs auf Rückgabe des geschenkten Gegenstandes richtet sich nicht nach seinem Erbtheile.

Bisher ist davon gesprochen, daß der Anspruch auf die antheilige Herausgabe des geschenkten Gegenstands gehe. Nach Francke soll indessen nicht verlangt werden können, daß dieser Gegenstand, der doch mittelst an sich gültigen Rechtsgeschäfts in das Vermögen des Beschenkten gekommen ist, in seiner individuellen Gestalt herausgegeben werde. Ich selbst bin der Ansicht, daß der Beschenkte dazu nicht wohl anzuhalten ist, aber eine Entscheidung der Quellen fehlt bei dieser Frage[12]). — Die der querella inofficiosae

[11]) So Francke S. 520. Mühlenbruch S. 72. 73. Arndts S. 644. Vangerow § 482 unter II. Windscheid III § 586 bei Anm. 13 („Aufhebung der Schenkung"). Bei Brinz, Abth. II § 203 (S. 852) findet sich daneben die weitere Annahme, daß die Klage eine ficticische gewesen sei: das Geschenkte sei mit ihr zurückverlangt, als ob es nicht geschenkt wäre. Dieser Auffassung scheint mir der Umstand entgegenzustehen, daß die Klage erst gegen Ausgang der classischen Zeit entstanden ist.

[12]) Francke beruft sich zunächst (S. 533) auf die von der Fabianischen Klage handelnde l. 1 § 12. 13 D. si quid in fraud. 38. 5; aber hier ist nur von lästigen Veräußerungen die Rede, bei denen der Erwerber durch unverhältnißmäßig geringe Abmessung seiner Leistung gewonnen hat. Bei solchen Geschäften soll dem Erwerber

donationis entsprechende Obligation kann sowohl die testamentarische wie die gesetzliche Erbfolge begleiten. Die ersten Fälle ihrer Anwendung scheinen geschichtlich solche gewesen zu sein, wo der Erblasser kraft Testaments beerbt wurde[13]).

Weiter wird das Wesen des Anspruchs durch dasjenige bestimmt, was unten in den §§ 62—64 in Ansehung seiner Voraussetzungen sowie seines Gegenstands zu sagen ist. Ganz besonders aber tritt die Verwandtschaft der Klage mit der *querella inofficiosi testamenti* in den dem § 65 überwiesenen Rechtsgrundsätzen hervor: dem Wegfall des Anspruchs wegen verdienter Ausschließung vom Pflichttheil, — seiner nachträglichen Aufhebung durch Verzicht, Verjährung oder Tod des Berechtigten, — endlich der Subsidiarität der Querel.

§ 61.

B. Berechtigte und verpflichtete Personen.

I. Berechtigte Personen. Der Anspruch auf antheilige Herausgabe des Gegenstands der Schenkung steht dem Pflichttheilsberechtigten zu, welcher durch die pflichtwidrige Schenkung im Pflichttheil verletzt ist. Im Allgemeinen wird man hiernach als berechtigt dieselben Personen betrachten dürfen, welche vorkommenden Falls die querella inofficiosi testamenti erheben können. Beweis dafür ist schon die Bezeichnung jenes Anspruchs als einer Nachbildung der Klage[1]), mehr noch der Zweck des auf die Schenkungen bezüglichen Anspruchs. Dieser will unverkennbar eine Ergänzung der das Testament anfechtenden Querel sein: Letztere konnte vom künftigen Erblasser umgangen oder doch ihres Erfolgs beraubt werden, indem derselbe bei Lebzeiten den besten Theil des Vermögens durch Freigebigkeiten an Dritte brachte: eben darum entschloß man sich, die

---

die Wahl gestellt werden, ob er sie unter verhältnißmäßiger Erhöhung der Leistung bestehen lassen oder rückgängig gemacht wissen will. Daraus folgt Nichts für die Behandlung der Schenkungen. Eben so wenig ist etwas aus Nov. 92 zu entnehmen; die Ausdrücke der Novelle sind so allgemein, daß bei der Abfassung des Gesetzes nicht wohl an die uns beschäftigende Frage gedacht sein kann. In Betracht kommt folgender Satz: — sed neque cogendis quidem (si filiis, qui donationibus honorati sunt), si contenti sunt donationibus, suscipere hereditatem, necessitatem autem habentibus omnibus modis complere fratribus, quod hinc differt, secundum quam scripsimus mensuram, ut non minus habeant illi, quod ex legibus eis debetur, propter factam in donationibus immensitatem.

[13]) l. 3 C. h. t.

[1]) Vergl. die Stellen im § 60 Anm. 5.

Notherben auch gegen solche Veräußerungen zu schützen[2]). — Die Quellen erwähnen als zur Klage berechtigt vorzugsweise die Descendenten des Erblassers, vereinzelt die Ascendenten[3]): gleich der Testamentsquerel aber muß dieselbe auch den Geschwistern zugestanden werden, sobald die Schenkung einer bescholtenen Person zugewendet ist. Zwar hat man das bestritten mit Rücksicht darauf, daß Geschwister nur ein bedingtes Notherbenrecht haben[4]): indessen hat das kein Gewicht gegenüber den vorhin angegebenen Beweisgründen.

Weiter ist streitig, ob auch Notherben, welche erst nach vollzogener Schenkung geboren werden, zur Querel gelangen[5]). Auf diese bezieht sich die l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29. Einem Vater, der sein ganzes Vermögen schenkungsweise auf seine emancipirten Kinder übertragen hat, wird rescribirt, daß vom Gegenstand der Schenkungen soviel, als zur Ausschließung der Querel des pflichtwidrigen Testaments erforderlich sei, zu seinem Vermögen zurückkommen werde,

ut filii vel nepotes, qui *postea* ex quocunque legitimo matrimonio *nati sunt*, debitum bonorum subsidium consequantur.

Die Worte werden in verschiedenem Sinne genommen. Schon von den Basilikenscholiasten (**41**. 4. 5) besitzen wir zwei Scholien, die in dem Rescript ein Rückforderungsrecht des Schenkers bezeugt finden. Dieselbe Ansicht ist von der Glosse her zu den verschiedensten

---

[2]) Dieses Verhältniß der beiden Ansprüche zu einander spricht sich deutlich aus im Rescript Alexander's (l. 87 § 3 D. de legat. II°): — Si liquet tibi —, aviam *intervertendae inofficiosi querellae* patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse —. Aehnlich Vat. fragm. 270. 271. l. 1. l. 8 C. de inoff. donat. 3. 29. Daß hiernach der erste Anstoß zu dieser Querel durch Schenkungen gegeben ist, welche in fraudem der Querel aus pflichtwidrigem Testament ausgeführt waren, wird mit Recht von Francke S. 501 hervorgehoben. Die Frage, ob dieses Merkmal in der Folge aufgegeben ist, findet ihre Beantwortung bei der im § 62 unter II A. anzustellenden Untersuchung über die Voraussetzungen in Ansehung der Willensbestimmung des Schenkers.

[3]) l. 4 C. h. t. (aus Vat. fragm. 282; doch fehlt in letzterer Stelle grade der für die Möglichkeit der Querel sprechende Schlußsatz der l. 4 C. cit.).

[4]) So Puchta § 491 Anm. c. Arndts II S. 644.

[5]) Für die Bejahung die meisten Rechtslehrer. Vergl. Francke S. 506 f. S. 519. Windscheid III § 586 Anm. 3, auch Unger § 86 Anm. 3. Arndts II S. 644 Anm. 377. — Die verneinende Ansicht bei Mühlenbruch S. 69 f. Vangerow II § 482 unter I. 4 a. E.

Zeiten von einzelnen Rechtslehrern vertheidigt[6]), sie findet sich insbesondere bei Cujaz[7]). Die bis vor Kurzem herrschende Meinung dagegen hat in der Stelle ein Zeugniß für das Querelrecht der nachgebornen Kinder finden wollen[8]). Ich halte die erste Auffassung für die richtige[9]): die Kaiser konnten nicht dem Schenker selbst in der absoluten Fassung, wie sie vorliegt, den Bescheid ertheilen, daß auf Höhe des Pflichttheils der später gebornen Kinder der Gegenstand der Schenkung in sein Vermögen („ad patrimonium tuum") zurückkehren werde, wenn sie an einen Anspruch eben dieser Kinder dachten, der doch erst nach dem Tode des Anfragenden und nur für diese Kinder wirksam werden konnte. Selbstverständlich ist die Klage des Schenkers nicht unsre Querel, sondern eine condictio ex lege; auf sie ist noch am Schlusse des Paragraphen zurückzukommen. — Legt man der l. 5 C. cit. den angegebenen Sinn bei, so scheint es an einem Ausspruch der Compilation über unsre Frage nach einer den nachgebornen Kindern selbst zu gewährenden Klage zu fehlen. Aber ist es nicht eine entschiedene Anforderung des billigen Rechts, daß diese die Klage erhalten? Wenn die Klage, wie l. 5 C. cit. deutlich zeigt, dem Vater um der Kinder willen gewährt wird, darf man es dann von dessen Willkür abhängig machen, ob den Kindern die ihnen zugedachte Versorgung zu Theil werden soll[10])?

Ich suche hier zunächst zu zeigen, daß eben in Folge der Zulassung des Vaters zur Rückforderung in einzelnen Fällen eine Querel der nachgebornen Kinder nothwendig ausgeschlossen bleibt, daß sie aber in andern Fällen mindestens entbehrlich ist, da jenen Kindern nach dem Tode des Vaters ein Recht auf die Ueberlassung von dessen Condiction zukommt. Demnächst will ich ausführen, daß in den Fällen der zweiten Classe unter einer besonderen Voraus-

---

[6]) Vergl. die litterarischen Notizen bei Mühlenbruch 36 S. 56, wodurch die Angaben von Glück VII S. 167 ergänzt werden.

[7]) Expos. novellar. nov. 92 — II. 1128. (Cujaz spricht indessen zugleich von einem Rückforderungsrecht der Kinder, mit Verweisung auf die Stelle).

[8]) Nachweisungen bei Mühlenbruch S. 57 Anm. 22. Windscheid III § 586 Anm. 15.

[9]) Die Zahl der Vertreter dieser Auslegung mehrt sich in unsrer Zeit. Vergl. Francke S. 517—519. Mühlenbruch S. 56—61. Brinz II S. 854. Vangerow und Windscheid a. d. a. OO.

[10]) So Windscheid a. a. O. Anm. 3. Vergl. auch Francke S. 519.

setzung doch ein unmittelbar in der Person der Kinder entstehendes Querelrecht anzunehmen ist.

Zunächst von den Fällen, in denen an eine Querel der Kinder nicht zu denken ist. Der Anspruch des Schenkers besteht ohne Zweifel in dem Augenblick, wo der neue Notherbe geboren wird; der Schenker muß also auch von dieser Zeit an die Zurückgabe vom Beschenkten fordern können. Sobald aber Letzterer seine Verbindlichkeit erfüllt, wird unter allen Umständen die Entstehung eines neuen Rechts, bei welchem der Nachgeborne selbst Gläubiger wäre, unmöglich, mag der Schenker den erlangten Werth behalten oder auf irgend eine Weise wieder verlieren. Denn der Beschenkte hat das, was ihm abzufordern war, gültig an den Schenker geleistet. — Nicht viel anders steht es, wenn der Schenker seinen Anspruch einem Dritten abtritt. Denn der Beschenkte kann nicht zweimal wegen des nämlichen Werths in Anspruch genommen werden. Auch der Cessionar aber ist jedenfalls dann nicht anzugreifen, wenn er die Forderung mittelst entgeltlichen Rechtsgeschäfts erworben hat. Ist sie ihm dagegen geschenkt, so kann nur gefragt werden, ob in seiner Person die Bedingungen für eine neue, dem Notherben zu verleihende querella inofficiosae donationis vorliegen.

Dies sind die Fälle, in welchen die beiden in Frage stehenden Ansprüche mit einander unverträglich sind; jetzt von den andern, wo eine dem nachgebornen Notherben unmittelbar zu gewährende Forderung wenigstens entbehrlich scheint. Hat der Schenker über seinen Anspruch auf Rückgabe überall nicht verfügt, so bildet derselbe einen Theil seines Nachlasses. Und da der Anspruch lediglich um des nachgebornen Notherben willen da ist, so kann dieser von den Erben (oder Miterben) fordern, daß er ihm überwiesen werde[11]): mit Hülfe desselben erlangt er dann seinen Pflichttheil. — Hat endlich

[11]) Dafür kann man sich auf die Analogie der Dos berufen, die dem Erblasser als Gewalthaber für seinen Haussohn gegeben ist. Ulp. l. 20 § 2 D. fam. erc. 10. 2: Hoc amplius filius familias heres institutus dotem uxoris suae praecipiet, non immerito, *quia ipse onera matrimonii sustinet.* — Paul. l. 46 D. eod.: — mortuo patre quaedam filios sequuntur etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. *igitur et dotem praecipere debet, qui onus matrimonii post mortem patris sustinet.* — Weitere Stellen bei Windscheid II § 493 Anm. 1. — Richtete sich die Forderung des Erblassers gegen einzelne der jetzigen Erben, so kann der Notherbe nicht allein Wiederherstellung des confundirten Anspruchs, sondern auch, da dieser fällig, ohne Weiteres Erfüllung fordern.

der Erblasser dem Beschenkten die (mit dem Erscheinen des Nachgebornen entstandene) Forderung ohne Entgelt erlassen, so wird dies bei der vorausgesetzten Vermögenslage eine (neue) Querel des Notherben erzeugen.

Dennoch wird man bei dieser zweiten Classe von Fällen, bei denen wir die Querel aus der ursprünglichen Schenkung als für den Notherben entbehrlich bezeichneten, keinen Anstand genommen haben, eine solche Klage zuzulassen. Soweit ein Anspruch gegen die Erben des Schenkers auf Abtretung von dessen Forderung bestand, wurden durch Zulassung der unmittelbar gegen den Beschenkten gerichteten Klage Weiterungen abgeschnitten. In dem zuletzt erwähnten Falle aber, wo der Schenker dem Beschenkten seine Forderung unentgeltlich erlassen hatte, fiel doch immer das Hauptgewicht auf die im Zeitpunkt der ersten Schenkung ausgeführte Vermögensminderung; es mußte daher als ein Gebot des billigen Rechts erscheinen, daß dem Nachgebornen die Wahl gelassen wurde, ob er seinem Anspruche gegen den Beschenkten die alte oder die mit dem Erlaßvertrag ausgeführte neue Schenkung zu Grunde legen wollte. — Nur das Erforderniß wird für eine solche Querel des Nachgebornen aus der ursprünglichen Schenkung aufgestellt werden müssen, daß der Schenker bei Vornahme des Rechtsgeschäfts besondere Veranlassung hatte, sich die Möglichkeit des künftigen Erscheinens des Notherben zu vergegenwärtigen. Ich begründe diese Anforderung durch Verweisung auf die im § 62 unter II A. auszuführende Ansicht, daß die querella inofficiosae donationis allgemein den Willen des Schenkers verlangt, seinen Notherben durch die Schenkung im Pflichttheil zu verkürzen. Diesem Erforderniß aber wird in unserm Fall genügt, wenn der Schenker zur Zeit des Rechtsgeschäfts verheirathet war und von der Ehe Notherben erwarten konnte, — oder wenn er bei Eingehung einer Ehe schenkte. Wer unter solchen Verhältnissen sein gegenwärtiges Vermögen ganz oder größtentheils verschenkt, weiß, daß er den künftigen Notherben leicht im Pflichttheil verkürzt, — er will also diesen Erfolg herbeiführen.

Ein Beweis dafür, daß unter den dargelegten Umständen auf Grund des ursprünglichen Rechtsgeschäfts eine Klage des Nachgebornen wegen pflichtwidriger Schenkung zulässig sein muß, liegt in l. un. C. de inoff. dot. 3. 30: ich zeige dies in der Lehre von der querella inofficiosae dotis (§ 66 unter I).

Entgegen der Annahme einer solchen dem nachgebornen Notherben zu ertheilenden Querel macht man geltend (so Mühlenbruch und Vangerow in Anm. 5 citt.), daß die Schenkung, wenn sie der Anfechtung unterliegen soll, zur Zeit ihrer Vornahme die Pflichttheilsberechtigung eines Notherben verletzen muß. Dafür scheint zu sprechen, daß dieser Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts bei der Vergleichung des verschenkten Werths mit dem zurückbleibenden Vermögen, Behufs der Ermittlung der Pflichttheilsverletzung, festgehalten wird. Dennoch kann dieses Argument nicht schwer wiegen, wenn man erwägt, daß dem Schenker selbst mit Rücksicht auf die nachgebornen Notherben eine Klage mit dem gleichen Gegenstande ertheilt wird.

Davon, daß die arme Wittwe in ihrem Pflichttheil gegenüber den Veräußerungen unter Lebenden durch die querella inofficiosae donationis geschützt wird, während der arrogirte Unmündige auf die quasi Fabiana oder Calvisiana actio verwiesen ist, spreche ich in den §§ 67 und 68.

II. Verpflichtete Personen. Von diesen war schon im § 60 zu handeln: dort ist ausgeführt, daß der vorliegende Anspruch lediglich ein Forderungsrecht des Notherben gegen den Beschenkten und dessen Gesammtnachfolger ist, daß gegen dritte Besitzer der geschenkten Sache nicht geklagt werden kann.

Mit wenigen Worten ist noch auf den oben (S. 510) aus l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29 abgeleiteten Anspruch des Schenkers auf Rückgabe des Geschenkten, soweit Solches zur Erfüllung des Pflichttheils nachgeborner Notherben erforderlich ist, einzugehen. Daß der Anspruch von der querella inofficiosae donationis verschieden, nur insofern mit ihr verwandt ist, als auch er der Verkürzung eines Notherben im Pflichttheil durch das Mittel von Schenkungen des demnächstigen Erblassers vorzubeugen bezweckt, ergibt sich aus der obigen Darstellung. Für seine Begründung ist wesentlich, daß ein Notherbe des Schenkers erst nach vollzogener Schenkung geboren ist, und daß die Schenkung mit Rücksicht auf ihr Verhältniß zum sonstigen Vermögen des Beschenkten den Pflichttheil des Notherben verkürzt. Unwesentlich ist dagegen, bei dem in l. 5 cit. vorliegenden Thatbestande, daß die Schenkung das ganze Vermögen des Gebers umfaßte.

Man hat den Grundsatz der l. 5 C. cit. mit einer andern Vorschrift in Verbindung bringen wollen, die wir in l. 8 C. J. de revoc.

don. 8. 54 (= l. 3 C. Th. eod. 8. 13) besitzen. Letztere Constitution, ein Edict von Constantius und Constans, erkannte dem Patron ohne Einschränkung das Recht zu, die dem Freigelassenen gemachte Schenkung wegen nachgeborner Kinder zu widerrufen. Eben dieses allgemeine, auf solchen Grund gestützte Widerrufsrecht wollte man wenigstens bei beträchtlichen Schenkungen eines jeden Schenkers zur Anwendung bringen [12]). Das ist bestimmt verwerflich: der Satz der l. 8 C. cit., der wesentlich über den Inhalt der l. 5 C. cit. hinausgeht, da er eine Beeinträchtigung der Kinder des Schenkers im Pflichttheil nicht zur Voraussetzung hat, ist ohne Frage auf das Verhältniß des Patrons zum Freigelassenen zu beschränken: die in Deutschland gemachten Versuche, ihm auch sonst bei Schenkungen Geltung zu verschaffen, haben einen constanten Gerichtsgebrauch überall nicht erzeugt.

§ 62.

C. Voraussetzungen der *querella inofficiosae donationis*.

Da die von uns zu erörternde Anfechtung von Schenkungen unter Lebenden nur zulässig ist, wenn der Pflichttheil des Notherben durch die Schenkung geschmälert wird, so ist zunächst festzustellen, von welchem Begriff des Pflichttheils bei diesem Anspruch ausgegangen wird; sodann soll das Merkmal der Verletzung der Pflichttheilsberechtigung betrachtet werden. In letzterer Beziehung ist einmal zu sagen, ob eine absichtliche (arglistige) Verkürzung des Pflichttheils gefordert wird, sodann ist die Bedeutung der für die Annahme einer Verletzung erheblichen beiden Zeitpunkte der abgeschlossenen Schenkung und des Todes des Erblassers klarzustellen. Im § 63 wird insbesondere das Moment der Verletzung bei einer Mehrheit vom Erblasser gemachter Schenkungen in's Auge gefaßt, namentlich geprüft werden, welche von den mehreren Schenkungen die Querel veranlaßt.

I. Indem die Querel Verkürzung im Pflichttheil fordert, geht sie von dem gewöhnlichen, auch sonst im materiellen Notherbenrecht geltenden Begriff des Pflichttheils aus. Letzterer bemißt sich daher auch hier für den einzelnen Notherben auf ein Drittel oder die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils, je nachdem dieser in einem Viertel der Erbschaft oder mehr besteht, oder weniger als jenes Viertel aus-

[12]) Vergl. wegen dieser Frage Mühlenbruch S. 61—68. Savigny, Syst. IV S. 227—229.

macht. Das ist in der That die herrschende, heutzutage wohl die in ausschließlicher Geltung stehende Ansicht. Wenn Zimmern[1]) bei der Klage wegen pflichtwidriger Schenkung jenem von Justinian aufgestellten Maße des Pflichttheils nur für Descendenten Geltung zugestehen, für Ascendenten und Geschwister aber die alte Quart festhalten wollte, indem er sich darauf berief, daß Nov. 18 nur von Hinterlassungen im Testament rede, Nov. 92 die neue Maßbestimmung zwar auf pflichtwidrige Schenkungen, auf sie aber mit Beschränkung auf Descendenten übertrage, so ist diese Meinung schon von Francke widerlegt[2]). Die Nov. 92 will für die Frage nach dem Umfang des Pflichttheils neues Recht überall nicht, namentlich nicht für unsre Querel schaffen, sie setzt voraus, daß für diese der von Justinian aufgestellte neue Maßstab Geltung habe. Eine andere Absicht hat auch bestimmt bei Erlaß der Nov. 18 nicht vorgelegen: die hier beliebte Erhöhung des Pflichttheils hat von Anfang an auch für die pflichtwidrige Schenkung gegolten, und sie hat hier wie bei letztwilligen Zuwendungen gleichmäßig für alle Notherben Geltung gehabt.

II. Der Kläger behauptet, durch die Schenkung, an welche sein Anspruch anknüpft, im Pflichttheil verletzt zu sein. Hier ist

A. besonders bestritten, ob die Schmälerung des Pflichttheils vom Schenker beabsichtigt sein mußte. Ohne Zweifel wird dieses subjective Moment in einer Anzahl Constitutionen betont. So ist im ältesten Zeugniß über die Klage, dem in l. 87 § 3 D. de legat. II° (31) mitgetheilten Rescript von Alexander, von einem „intervertendae inofficiosi querellae patrimonium — exinanire" die Rede, und eine fast gleichlautende Wendung kehrt wieder in l. 8 pr. C. de inoff. donat. 3. 29 (Dioclet. et Maxim.)[3]). Uebereinstimmend spricht Philippus in l. 1 C. eod. von einem Erschöpfen des Vermögens „ad deludendam inofficiosi querellam", Diocletian und Constantius bedienen sich in fragm. Vat. 270 der Wendung: „Si donationibus patrimonium exhaustum in fraudem[4]) ceterorum filiorum probe-

---

[1]) In Neustetel und Zimmern, römischrechtliche Untersuchungen S. 75 f.

[2]) A. a. O. S. 503. 504.

[3]) l. 8 C. cit. si liqueat — intervertendae *quaestionis inofficiosi causa* patrimonium suum donationibus — exhausisse.

[4]) Daß hier das „in fraudem" ein vorsätzliches Schmälern des Pflichttheils anzeigt, hat Mühlenbruch S. 80—83 Anm. 72 mit Recht ausgeführt.

tur", und dieselben Kaiser bemerken in Vat. fragm. 271 bezüglich des Erschöpfens des Vermögens durch Schenkungen zum Nachtheil eines Notherben, es sei „hujusmodi *commentis* ad exemplum inofficiosi querellae — occursum".

Das sind die äußeren Beweise, auf die eine in der Minderheit befindliche Ansicht die Behauptung gründet, daß die Querel wegen pflichtwidriger Schenkung durch absichtliches Handeln zum Nachtheil des Notherben bedingt ist[5]), und in der That ist schon die häufige Wiederkehr desselben Merkmals in den kurzen thatbestandlichen Angaben einer Reihe von Rescripten bezeichnend genug. Die herrschende Meinung widerspricht: soweit es sich um die Beweisführung aus den Quellen handelt, beruft man sich auf eine Anzahl Constitutionen, in denen jenes subjektive Merkmal fehlt. Den oben erwähnten Beweisstellen der andern Ansicht aber setzt man entgegen, daß nirgends die Absicht der Verkürzung des Pflichttheils gefordert werde, und daß deren bloßes Erwähnen sich als eine bei Rescripten nicht hoch anzuschlagende Angabe einer dem entschiedenen Rechtsfall angehörigen Thatsache darstelle[6]). Dies trifft nicht zu. In mehreren unter jenen Stellen wird die Absicht als Bedingung der Entscheidung, zum Theil als Gegenstand des Beweises genannt[7]), und jedenfalls bei Einer schon von Brinz hervorgehobenen Stelle liegt ein solches bedingendes Verhältniß vor, ohne daß es sich dabei um ein Wiedergeben des von den Anfragenden vorgetragenen Thatbestands handelte. Es ist dies der § 1 der schon genannten l. 8 C. de inoff. don. 3. 29. Im Principium rescribiren Diocletian und Maximian: habe die Mutter des Anfragenden ihr Vermögen erweislich durch Schenkungen an einen Sohn erschöpft, so seien die Schenkungen nach dem Maßstabe des Pflichttheils (pro ratione quartae), analog den Grundsätzen über erwiesene Inofficiosität des Testaments, zu mindern; denn nach Anforderung des Rechts werde dem Beginnen Derer mit der Querel entgegengetreten, welche vorsätz-

---

[5]) So nach dem Vorgange von Kritz, exegetisch-praktische Abhandlungen Num. 5 S. 125 ff., ausführlich Mühlenbruch S. 74—97; neuerdings Brinz II S. 853.

[6]) Vergl. unter den Neueren Francke S. 505. Arndts S. 646. Vangerow § 482 Anm. unter I. 3., auch Windscheid § 586 bei Anm. 10.

[7]) Vergl. l. 87 § 3 D. de legat. II° (31). Vat. fragm. 270. l. 1. l. 8 pr. C. de inoff. donat. 3. 29. Mühlenbruch S. 83.

lich das, was Gegenstand des letzten Willens sein sollte, schon vor dem Tode in's Werk zu setzen und damit die Ansprüche der Kinder inhaltlos zu machen suchen. Hieran schließt sich der folgende § 1:

Nam quod uxor a marito in se matrimonii tempore donationis causa collatum emancipato filio communi consentiente domino donavit, velut ex bonis patris, de cujus substantia prohibente matrimonio non potuit exire, datum accipi rationis est: in cujus bonis *si idem consilium et eventus comprehendatur*, lex quam patrimonio matris ediximus, observabitur.

Während also im Principium von einer Schenkung aus dem Vermögen der Mutter die Rede war, geht der § 1 zu dem Fall über, wo die Mutter Vermögensstücke, die ihr vom Ehemann geschenkt waren, mit Willen des Mannes an den von Beiden erzeugten emancipirten Sohn weiter geschenkt hat. Darin wird eine Schenkung des Vaters an den Sohn gefunden, da die voraufgehende Schenkung unter den Ehegatten ungültig gewesen war. Eben darum erklären die Kaiser, in Anwendung auf den Nachlaß des Vaters, die Querel wegen pflichtwidriger Schenkung nach Anleitung der vorher für die mütterliche Erbschaft aufgestellten Grundsätze für begründet[8]), sofern derselbe Vorsatz, die Erbansprüche der Kinder inhaltlos zu machen, sowie der diesem Vorsatz entsprechende Erfolg vorliege[9]). — Von diesem § 1 läßt sich gewiß nicht sagen, daß er nur den den Kaisern unterbreiteten Thatbestand ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit der einzelnen Thatsachen wiedergäbe. Vielmehr gehen die Kaiser über die ihnen vorgetragenen Thatsachen hinaus, sie geben dem Rechtsfall eine Gestalt, die zwar vielleicht der Sachlage entsprach, aber sicher durch die Anfrage der Partei nicht nahe gelegt war. Eben darum wird offenbar eine unerläßliche Bedingung der querella inofficiosae donationis angegeben, wenn die Zulassung des Anspruchs davon abhängig gemacht wird, daß der Vater mittelst der Schenkung an das einzelne Kind der Erbfolge vorzugreifen und der Erbberechtigung der übrigen Kinder den Inhalt zu entziehen beabsichtigt hätte[10]).

[8]) Vergl. Bas. 41. 4. 8.

[9]) Das „si idem consilium et eventus comprehendatur" verweist deutlich auf den Ausdruck des Principium — „qui *consiliis* supremum judicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt —.

[10]) Dieselbe Anforderung absichtlicher Pflichttheilsverkürzung wird auch in

Wenn man diesen Beweisen gegenüber eine Anzahl Rescripte anführt, in denen eines solchen wissentlichen Thuns des Schenkers nicht gedacht wird[11]), so werden diese Auslassungen durch die Natur der Rescripte genügend erklärt. Zudem deuten alle jene Stellen bestimmt auf Schenkungen hin, welche den Pflichttheil der unberücksichtigt gebliebenen Notherben nicht im Vermögen des Gebers zurückgelassen haben[12]). Abgesehen von ganz besonderen Gestaltungen der Umstände, an die bei jenen Rescripten nicht zu denken ist, müssen derartige Freigebigkeiten vom Bewußtsein des Gebers begleitet sein, daß er damit seine Notherben im Pflichttheil verkürzt: schenkt er dennoch, so ist von ihm zu sagen, daß er dieselben verkürzen wollte[13]). Und etwas Anderes ist mit der obigen Frage nach der Absicht des Gebers nicht gemeint.

Mit Rücksicht auf die hier verglichenen äußeren Gründe der streitenden Ansichten erscheint das Urtheil berechtigt, daß die Meinung, welche das Moment der Absichtlichkeit festhält, die Quellen für sich hat. In's Auge zu fassen ist jetzt noch, was an sonstigen Erwägungen von der einen und andern Seite geltend gemacht wird: das Ergebniß ist, wie ich schon hier bemerke, nicht geeignet, an jener durch die Quellen empfohlenen Auffassung etwas zu ändern.

Die herrschende Ansicht stützt sich vor Allem auf die Analogie der querella inofficiosi testamenti und der Ergänzungsklage. Gewiß ist, daß bei Beiden absichtliche Entziehung oder Schmälerung des Pflichttheils nicht gefordert wird[14]). Aber läßt sich daraus mit irgendwelcher Sicherheit ein Schluß für unsre Klage bei Schenkungen ziehen? Die classische Jurisprudenz kannte bis in die letzte Zeit einen

---

Bas. **41**. 4 c. 5 (= l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29) und im schol. 1 in f. ibid. erhoben. Indessen ist auf diese Stellen, namentlich den Basilikentext, nur geringes Gewicht zu legen, wie noch im § 64 bei Anm. 20. 21. gezeigt werden soll.

[11]) l. 2. 3. 4. 6. 7. C. de inoff. donat. 3. 29. Vat. fragm. 280. 282. — Mit Unrecht zieht man noch Vat. fragm. 270 hieher: das „hujusmodi *commentis*" weist grade auf die in Frage stehende Absicht hin.

[12]) So die Ausdrücke „immensa liberalitas", „immensae donationes", „immoderatae liberalitatis effusio". Näher ausgeführt bei Mühlenbruch S. 84—91.

[13]) Julian. l. 17 § 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8: — qui creditores *habere se scit* et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum *consilium habuisse* —. Auf diese Stelle verweist schon Fritz a. a. O. S. 130 ff.; indessen sondert seine Ausführung die nackte Thatsache des Wollens nicht genügend von den Motiven.

[14]) Vergl. namentlich l. 27 § 4 D. de inoff. test. 5. 2. (Ulpian).

solchen Anspruch nicht; man wird diese Erscheinung nach einer Aeußerung des Gajus über die Pflichttheilsberechtigung des Parens Manumissor aus der Achtung vor der freien Verfügungsbefugniß des römischen Bürgers in Ansehung seines Vermögens zu erklären haben: bei Rechtsgeschäften unter Lebenden glaubte man diese nicht beschränken zu dürfen[15]). Es ist erst die Zeit der ausgehenden classischen Jurisprudenz — die Regierungszeit Alexanders —, wo wir unser Rechtsmittel auftauchen sehen. Hier nun wird mit aller Deutlichkeit von der Absicht des Schenkenden gesprochen, die Querel wegen pflichtwidrigen Testaments zu umgehen[16]). Das aber war die Zeit, wo ohne Frage die letztere Klage in der oben angegebenen Ausdehnung ertheilt wurde: somit wichen zu derselben Zeit beide Rechtsmittel bei der Frage nach jenem subjectiven Erforderniß von einander ab. Das zeigt, daß hier die Analogie der Inofficiositätsquerel (wie der Ergänzungsklage) ohne Gewicht ist.

Auf den ersten Blick freilich kann l. 9 C. de inoff. donat. 3. 29 bedenklich machen: die Stelle läßt die Analogie der Testamentsquerel in weitestem Maße bei der auf Schenkungen bezüglichen Klage entscheiden[17]). In der That ist die Verwandtschaft beider Ansprüche eine sehr große; das wird sich namentlich bei der Erörterung der einzelnen auf unsre Frage bezüglichen Rechtssätze, die wir in den § 65 verwiesen haben, ergeben. Darum scheinen mir Francke und Mühlenbruch im Unrecht zu sein, wenn sie in einem andern Zusammenhange die Bedeutung der l. 9 C. cit. herabzudrücken suchen. Francke weist darauf hin (S. 501—503), daß die jetzt allgemein lautende Sentenz ursprünglich den Schlußsatz einer einzelnen Entscheidung von Constantius und Julian gebildet hat, die wir in l. 4 C. Th. de inoff. test. 2. 19 besitzen. Darauf ist zu entgegnen, daß doch diese Sentenz schon im Theodosischen Codex aus jener Verbindung gelöst war und als l. un. C. Th. de inoff. donat. 2. 20 eben den

[15]) Gaj. l. 2 D. si a parente 37. 12: Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Fabiana aut Calvisiana actio ei detur, quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.

[16]) l. 87 § 3 D. de legat. II° (31).

[17]) Constantius l. 9 C. cit. Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querella ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus.

allgemeinen Ausspruch darstellte, als der sie uns in Justinian's Rechtssammlung erscheint. Mühlenbruch hebt hervor, daß die Basiliken, namentlich Bas. **41.** 4 c. 9 schol. 1, der durchgängigen Gleichstellung widersprechen: aber die Basiliken sind gerade bei dieser Stelle sehr wenig erheblich, das erwähnte schol. 1 (Theodorus) bringt nur die eine Verschiedenheit bei, daß unsre Querel auch für die gesetzliche Erbfolge Bedeutung hat. — Allein so gewiß wir auch hiernach der l. 9 C. cit. ihr volles Gewicht belassen, so ist doch unter Umständen soviel festzuhalten: wo das Wesen beider Ansprüche der Benutzung der Analogie widerstrebt, oder wo specielle Aeußerungen der Quellen das Vorhandensein von Unterschieden andeuten, kann uns l. 9 C. cit. nicht binden. Und eben die zweite von diesen Rücksichten macht sich nach dem vorhin Gesagten bei der gegenwärtigen Untersuchung geltend.

Francke (S. 506) hat noch zwei Gründe gegen die Aufnahme der mehrfach bezeichneten Absicht unter die Bedingungen unsrer Querel. Der eine ist die Zulassung einer Klage nachgeborner Notherben: solchen künftigen Erben gegenüber soll eine Absicht, sie zu verkürzen, nicht vorliegen können. Diesem Argumente gegenüber verweise ich auf die Ausführungen im § 61 unter I a. E. (S. 512): dort wurde gezeigt, daß insoweit, als ein selbständiges Klagrecht der nachgebornen Notherben anzuerkennen ist, das Merkmal des absichtlichen Handelns des Schenkers zu deren Nachtheil sich sehr wohl festhalten läßt. — Noch weniger hat es Gewicht, wenn Francke geltend macht, die vorliegende Querel werde grade in Fällen zum Bedürfniß, wo von einer wirklichen Bosheit des Schenkers nicht geredet werden könne, — da nämlich, wo Eltern aus Schwäche oder unverständiger Vorliebe einzelne Kinder übermäßig vor den übrigen begünstigen. Daß „Bosheit" des Schenkers erforderlich sei, wird ja nicht behauptet; im Uebrigen scheint bei Francke eine Verwechslung der Absicht mit dem Beweggrunde vorzuliegen: wie man Erstere zu verstehen hat, ist schon oben bei Anm. 13 (S. 518) gezeigt.

Die unserseits befolgte Auffassung darf sich gegenüber den besprochenen Gründen der herrschenden Ansicht auf die Analogie der Fabiana und Calvisiana actio stützen. Bei diesen Klagen wird ein Handeln des Freigelassenen gefordert (Vermehrung fremden Vermögens durch Minderung des eignen), welches den Pflichttheil des Patrons schmälert. Auch hier aber bedarf es der Absicht, eine solche Schmälerung

herbeizuführen[18]). Man entgegnet[19]), der Patron könne sich der genannten Klagen nicht allein gegen die Schenkungen, sondern auch gegen sonstige Veräußerungen des Freigelassenen bedienen. — Diese Bemerkung beseitigt sich jedoch leicht: immer werden ja Veräußerungen verlangt, die das Vermögen des andern Theils durch Minderung des Vermögens des Freigelassenen vermehren[20]). Und wahr bleibt, daß auch die Schenkungen nur dann unter jene Ansprüche des Patrons fallen, wenn sich bei ihnen ein arglistiges Handeln des Freigelassenen behaupten läßt[21]). Ist nicht auch hier zu sagen — ganz wie bei unserm Institut —, daß man dem Verfügungsrecht des lebenden Eigenthümers nur in dringenden Fällen Schranken setzen wollte? Ein weiterer Unterschied wäre nach Francke dieser: während die querella inofficiosae donationis eine so umfangreiche Schenkung fordert, daß der dem Pflichttheil entsprechende Betrag nicht im Vermögen des Schenkers zurückbleibt, sollen die actio Fabiana und Calvisiana wegen jeder, auch der geringsten Schenkung stattfinden. Allein mit dieser Auffassung steht Francke allein; es muß gegen ihn mit der herrschenden Meinung Widerspruch erhoben werden. In Wahrheit fordern auch jene prätorischen Klagen eine so umfangreiche Veräußerung, daß der künftige Pflichttheil des Patrons nicht im Vermögen des Freigelassenen übrig ist[22]).

B. Weiter ist zu sagen, in welchem Zeitpunkt die Verletzung des Pflichttheils, als Folge der Schenkung, gegeben sein muß. Völlig gewiß ist hier dies: pflichtwidrig ist nur die Schenkung, welche im Augenblick ihrer Vornahme den Pflichttheil verkürzt, demnach zu dieser Zeit nicht mehr den Vermögensbetrag in den Händen des Schenkers beläßt, welcher zur Befriedigung des Pflichttheilsanspruchs

---

[18]) l. 1 pr. § 1. 4. l. 3 § 3. l. 4 pr. D. si quid in fraud. 38. 5. Davon ausführlich Schmidt, Pflichtth.-R. S. 105—107.

[19]) Francke S. 507 f. — Neben den Einwendungen, die unser Text erörtert, findet sich bei Francke noch die Bemerkung, das Recht der lieblosen Schenkungen habe sich nicht an jene Klagen des Patrons, sondern an die querella inofficiosi testamenti angeschlossen. Das schließt jedoch die in der That handgreifliche Verwandtschaft des prätorischen Instituts und unsrer Querel nicht aus, und am wenigsten ist die Analogie zurückzuweisen, wo wie in unserm Falle sonstige unterstützende Beweise für das Dasein übereinstimmender Rechtsgrundsätze vorliegen.

[20]) Schmidt S. 98—105.

[21]) l. 1 § 1. 11. l. 6. l. 12 D. si quid in fraud. 38. 5.

[22]) Das Nähere bei Schmidt S. 105 f.

erforderlich ist[23]). Eine Schenkung, die im genannten Zeitpunkt nicht pflichtwidrig war, kann nicht hinterher anfechtbar werden, wenn in Folge eines — rein zufälligen oder auf dem Willen des Gebers beruhenden — Ereignisses das Vermögen des Schenkers unter den Betrag des Pflichttheils, sofern bei dessen Ermittlung der Gegenstand der Schenkung mit in Rechnung gestellt wird, herabsinkt[24]). Gewiß ist ferner, daß ein Anspruch des Notherben auf den Pflichttheil, damit auch ein Anspruch gegen den Beschenkten, vor dem Tode des Schenkers nicht besteht. Auch muß mehr, als es namentlich die Darstellung von Francke (S. 508 f.) zulassen möchte, der Satz festgehalten werden, daß der Pflichttheil seinem Wesen nach dem Notherben aus der Erbschaft gebührt, daher auch mit Zugrundelegung des Vermögensbestandes zur Zeit des Todes des Erblassers zu berechnen ist. Nur in Einem Punkte erleidet der Satz begreiflich in unsrer Lehre eine Ausnahme: liegt eine pflichtwidrige Schenkung vor, so ist unter allen Umständen ihr Gegenstand bei der späteren Ermittlung des Pflichttheils in das Vermögen einzurechnen[25]).

Wo aber auch an sich eine pflichtwidrige Schenkung gegeben ist, bleibt doch der Anspruch gegen den Beschenkten ausgeschlossen, wenn dem Notherben ohnedies der volle, in der soeben bezeichneten Weise berechnete Pflichttheil aus der Erbschaft zukommt. Dies kann geschehen, indem etwa der Schenker auf Kosten des beschenkten Erben

---

[23]) Dafür sind nur solche Stellen zu benutzen, welche von einer einzelnen Schenkung reden. Von diesen betonen l. 2. l. 3. l. 4 C. de inoff. donat. 3. 29 nur das allgemeine Merkmal, daß die Schenkung das Vermögen des Gebers erschöpft. Dagegen wird der Thatbestand speciell angegeben in Vat. fragm. 280 (etwas verändert l. 7 C. eod.): — Si igitur mater tua *ita patrimonium suum* — exausit, *ut* quartae partis dimidiam — *haud relictam tibi habeas* —.

[24]) Beispiel. Der Erblasser, der 2 Söhne hat, besitzt 9000, verschenkt 6000: die dem Pflichttheil entsprechenden 3000 (1/3 des Vermögens) bleiben dem Schenker übrig. Hier entsteht auch in der Folge kein Anspruch des Notherben gegen den Beschenkten, mögen immer die zurückgebliebenen 3000 dem Schenker durch Zufall, Verschwendung oder neue Liberalität verloren gehen.

[25]) nov. 92 c. 1: — volumus, ut, si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, *necessarium habeat* in distributione hereditatis *tantam unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit, priusquam donationem pater in filium aut filios,* quos ea honoravit, *faceret.* Sic enim nihil ulterius in donationibus queruntur, qui habent quidem in omni substantia patris quod legitimum est, in tantum autem aucta quantitate, quantum habuit substantia patris ante, quam donationibus exhauriretur —.

dem Notherben bei der Vertheilung der Erbschaft einen größeren Erbtheil zuweist, als derselbe bei gleichmäßiger Vertheilung zu erwarten hätte[26]).

Der gleiche Erfolg kann auch dadurch herbeigeführt werden, daß das Vermögen des Schenkers sich nach der Zeit des Rechtsgeschäfts in dem Maße vermehrt, daß es dem Pflichttheilsanspruche, auch bei Zurechnung des entsprechenden Bruchtheils vom neuen Erwerbe[27]), genügt.

Wie ist es aber, wenn der Schenker zwar nach der Zeit der Schenkung soviel erwirbt, daß sein Vermögen zur Deckung des Pflichttheils ausreicht, der neue Erwerb aber vor seinem Tode wieder verloren geht? Arndts nimmt an[28]), es könne nun doch nicht mehr zur Anfechtung der Schenkung kommen, die Verletzung des Pflichttheils sei einmal durch die Vermögensvermehrung vollständig wieder aufgewogen gewesen, und der Grund der Verkleinerung des Pflichttheils liege nicht mehr in der pflichtwidrigen Schenkung, sondern in der noch später eingetretenen zufälligen Vermögensminderung, die nicht das Recht gebe, eine frühere Schenkung anzufechten. Ich bin anderer Meinung. Soviel ich sehe, hat die Thatsache, daß der Schenker nach der Zeit der Schenkung einen neuen Erwerb macht, für sich selbst keine juristische Bedeutung; es fehlt an jedem Grunde für das Urtheil, daß dieser Erwerb der früheren Schenkung die Eigenschaft einer pflichtwidrigen Liberalität benähme, zumal dauernd benähme. Nur dann ist ein solcher Erwerb erheblich, wenn er es bewirkt, daß der Schenker bei seinem Ableben ein zur Gewährung des Pflichttheils ausreichendes Vermögen hinterläßt; denn nun kann

---

[26]) Auch dies zeigen die in Anm. 25 abgedruckten Worte der Nov. 92 Kap. I.

[27]) Beispiel. Ein Vater von 5 Kindern, der 8000 im Vermögen hat, verschenkt 5000. Der Pflichttheil wäre vor der Schenkung 4000 gewesen (1/2 des Vermögens): da nur ein Vermögen von 3000 übrig ist, so ist die Schenkung pflichtwidrig, der Pflichttheil um 1000 verkürzt. Erwirbt aber der Vater demnächst wieder 2000, so genügt der Nachlaß dem Pflichttheil. Dieser umfaßt

4000 von den 8000, Vermögen zur Zeit der Schenkung,
1000 von den neu erworbenen 2000,
———
5000 summa.

Daß Glück VII S. 98 f. den auf die ursprünglichen Zahlen dieses Beispiels gestellten Rechtsfall unrichtig entscheidet, indem er die Quote vom neuen Erwerb außer Ansatz läßt, ist zuerst von Francke bemerkt (S. 511).

[28]) Civ. Schriften II S. 648.

freilich die Querel wegen pflichtwidriger Schenkung nicht zur Entstehung kommen. Anders, wenn der Erwerb vor dem Tode wieder schwindet. Hier wird doch unter allen Umständen bei der Berechnung des Pflichttheils der Gegenstand der Schenkung in das Vermögen eingerechnet; decken also die wirklich vorhandenen Güter den Pflichttheil nicht, so muß auf den Beschenkten zurückgegriffen werden.

Betrachten wir jetzt den umgekehrten Fall, wo in der Zeit nach der pflichtwidrigen Schenkung das von dieser übriggelassene Vermögen eine Minderung erfährt. Hinzuzunehmen ist dabei, daß die Schenkung für sich selbst den Pflichttheil verletzt hat; denn ohne diese Voraussetzung ist die spätere Vermögensminderung einflußlos. In jenem Falle nun wirft sich die Frage auf: bestimmt sich der Betrag, auf welchen der Beschenkte vom Notherben in Anspruch zu nehmen ist, nach dem Zeitpunkt der Schenkung, so daß der Gegenstand des Anspruchs von dieser Zeit an trotz der Minderung des Vermögens des Schenkers unveränderlich ist? Oder ist im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zur Bestimmung dieses Forderungsgegenstandes der Werth des dann vorhandenen Vermögens mit dem Betrage der Schenkung zusammenzurechnen und danach der Pflichttheil sowie weiter mit Rücksicht auf diesen der Gegenstand der Querel zu ermitteln? Zur Erläuterung dient das Beispiel der Anm. 27: ein Vater von fünf Kindern hat von seinem Vermögen von 8000 den Betrag von 5000 weggeschenkt, damit den Pflichttheil der Kinder um 1000 verkürzt; in der Folge verliert er weitere 2000. Hier wäre nach seinem Tode nach der ersten Auffassung eine doppelte Rechnung aufzustellen: einmal wäre für die Zeit der Schenkung der Betrag der Querel gegen den Beschenkten zu ermitteln, dieser bestände in der Einbuße an dem für diese Zeit anzunehmenden Pflichttheil, d. h. in 1000. Sodann hätte man noch den Pflichttheil für die Todeszeit zu berechnen: bei Einrechnung der weggeschenkten Summe (5000) ergäbe sich ein Vermögensbetrag von 6000, ein Pflichttheil von 3000. Hierauf erhielten die Kinder die soeben erwähnten 1000 durch Klage gegen den Beschenkten, sodann weitere 1000 Werth des beim Tode des Erblassers wirklich vorhandenen Vermögens, sie erlitten also eine Einbuße von 1000. So Mühlenbruch[29]), der diese Rechnungsweise als Folge des Satzes ansieht,

[29]) Band 36 S. 121 f.

daß die Zeit der Schenkung entscheidet, ob durch Letztere der Pflichttheil verletzt wird. — Die zweite Auffassung findet beim Tode des Erblassers 1000 vorhandenes Vermögen vor und zählt weggeschenkte 5000 hinzu: von der Summe der 6000 erhalten die Kinder die Hälfte = 3000 als Pflichttheil und zwar 1000 durch Ueberweisung des vorhandenen Vermögens, 2000 durch Klage gegen den Beschenkten.

Nach meiner Ueberzeugung ist die zweite Rechnungsweise die richtige. Wenn man sagt, die Verletzung des Pflichttheils müsse im Zeitpunkt der Schenkung feststehen, und wenn man mit Rücksicht hierauf das zu dieser Zeit vorhandene Vermögen mit dem Betrage der Schenkung vergleicht, so kann das nicht den Sinn haben, daß auf solchem Wege der Umfang des dem Notherben zu gewährenden Anspruchs gegen den Beschenkten endgültig festgestellt werden soll. Nur das wird ermittelt, ob die Schenkung gegen die Vorschriften des Pflichttheilsrechts verstößt. Dafür spricht zunächst, daß der Anspruch auf den Pflichttheil erst im Augenblick des Todes des Erblassers entsteht; mit Rücksicht hierauf erscheint es unverständlich, wie dem Notherben in dem vom Beschenkten herauszugebenden Betrage eine Leistung auf einen Pflichttheil zuzukommen hätte, der für eine vor dem Tode liegende Zeit ermittelt würde. Sodann kommt doch der Gegenstand der Schenkung sowie die Forderung gegen den Beschenkten auf keinen Fall allein für den Pflichttheil in Betracht: ist es hier nun nicht im höchsten Grade auffallend, daß Mühlenbruch für die Bestimmung jener Forderung einen andern Pflichttheil in Rechnung bringt, als für die Feststellung des Anspruchs, den die Notherben an die Erbschaft zu erheben haben? — Unsre Ansicht gelangt zwar gleichfalls zu einer doppelten Werthsbestimmung des Pflichttheils, allein sie schreibt der einen Schätzung nur die Aufgabe zu, im Allgemeinen festzustellen, ob die Schenkung zur Zeit ihrer Vornahme pflichtwidrig gewesen ist[30]. — Endlich spricht für meine Auffassung dies. Dem Beschenkten kommt bei der Bestimmung des Forderungsgegenstands jede demnächstige Vermehrung des Vermögens und, was sogleich zu zeigen ist, jede den

[30]) Man könnte meinen, daß Nov. 92 Kap. I einen Anhalt im Sinne von Mühlenbruch's Entscheidung der erörterten Frage böte; indessen geht dieses Gesetz nicht auf den Fall ein, wo nach vollzogener Schenkung Aenderungen im Vermögen des Schenkers eintreten.

Pflichttheil mindernde Aenderung in Ansehung der pflichttheilsberechtigten Personen zu gut: muß nicht dem entsprechend auch zu seinen Ungunsten die nachfolgende Minderung des Vermögens in Anschlag gebracht werden?

Bisher habe ich die im Vermögen des Schenkers nach vollzogener Schenkung vor sich gehenden Aenderungen in ihrem Einfluß auf den Gegenstand der Forderung des Notherben an den Beschenkten erörtert; mit einigen Worten berühre ich jetzt den Wechsel im Umfange des Pflichttheils, der durch Veränderungen in Ansehung der pflichttheilsberechtigten Personen herbeigeführt wird. Es kann geschehen, daß zur Zeit der Schenkung mit Rücksicht auf die Zahl der dann vorhandenen Notherben der Pflichttheil des einzelnen Erben sich auf die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils berechnet, daß aber in der Folge Notherben wegfallen, der Pflichttheil damit auf ein Drittel jenes Erbtheils herabsinkt. Dies tritt beim Fall der Anmerk. 27 ein, wenn eines der fünf Kinder vor dem Schenker ohne Hinterlassung von Nachkommen stirbt. Mit Rücksicht auf diese Minderung des Pflichttheils verringert sich auch der Umfang der späteren Forderung des Notherben an den Beschenkten[31]).

Aus der Praxis liegt eine Anzahl Entscheidungen zu der jetzt erörterten Lehre vor. Der allgemeine Satz, daß eine Schenkung nur pflichtwidrig ist, wenn sie von dem zur Zeit ihrer Vollziehung vorhandenen Vermögen nicht den vollen Pflichttheil in den Händen des Schenkers zurückläßt, wird ausgesprochen in Erkenntnissen des O.-Trib. zu Stuttgart vom 14. December 1849, des O.-A.-G. zu Kiel vom 16. August 1854 und des O.-A.-G. zu Jena von 1862[32]). Darüber hinaus geht das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 4. Oktober 1855 (anscheinend auch das weniger bestimmt gehaltene Erkenntniß des O.-A.-G. zu München vom 23. Mai 1858[33]). Hier wird betont, daß bei der Berechnung des Betrags der pflichtwidrigen Zuwendung auf die Zeit der Letzteren zu sehen, auf die in der Zwischenzeit zwischen dem Abschluß des Rechtsgeschäfts und dem Tode des Erblassers in dessen Vermögensverhältnissen vorgegangenen Veränderungen lediglich Zwecks der Untersuchung Rücksicht zu nehmen sei, ob das Vermögen sich so bedeutend vermehrt habe, daß

---

[31]) Vergl. Arndts S. 648. Windscheid III § 586 bei Anm. 8.

[32]) Seuffert, Arch. 4. 137. 9. 193. 23. 152.

[33]) Das. 7. 213. 23. 238.

nun der Pflichttheil, berechnet nach dem Vermögensstande zur Zeit der als inofficiös angefochtenen Zuwendung als vollständig (oder in wie weit) gedeckt erscheint. Danach scheint das Gericht rücksichtlich der Behandlung nachträglicher Vermögensminderungen der zuletzt besprochenen Ansicht von Mühlenbruch beizupflichten.

§ 63.

Fortsetzung. **(Verletzung bei einer Mehrheit von Schenkungen.)**

C. Besonderes Interesse gewährt die Frage nach dem Dasein der Verletzung wie nach der Zuständigkeit der Klage wegen pflichtwidriger Schenkung in dem Falle, wo der Erblasser nicht eine Schenkung, sondern eine Mehrzahl von solchen vollzogen hat. In welcher Schenkung liegt die Verletzung des Pflichttheils, und gegen welche ist der Anspruch des Notherben zu richten?

Diese Fragen beantworten sich von selbst, wo die mehreren Schenkungen gleichzeitig ausgeführt sind. Hier haben alle gleichmäßig die Pflichttheilsberechtigung des Notherben beeinträchtigt, folglich ist auch die Klage des Notherben durch sämmtliche Schenkungen nach Verhältniß von deren Umfang begründet [1]).

Anders ist es, wenn die Schenkungen zu verschiedenen Zeiten gemacht wurden, sei es durchweg an denselben Empfänger, sei es an verschiedene Personen. Hier bieten die Quellen bezüglich der obigen Fragen keine Entscheidung, wenngleich der Fall selbst, wo in der angegebenen Art mehrere Schenkungen neben einander stehen, von mehreren Kaiserconstitutionen in's Auge gefaßt wird [2]).

Die erste Frage, wann eine von mehreren Schenkungen den Pflichttheil schmälert, ist an sich Sache der Beurtheilung des einzelnen Falls. Nur Eins ist über sie zu bemerken. Auch wenn die einzelne voraufgehende Schenkung nicht pflichtwidrig ist, hat man ihren Betrag zu dem der folgenden Schenkung hinzuzurechnen, sobald bestimmt werden soll, ob bei dieser zweiten Schenkung eine Ver-

---

[1]) Den nämlichen Fall behandelt in Anwendung auf die actio Fabiana und Calvisiana Ulpian in l. 1 § 11 D. si quid in fraud. 38. 5. Vergl. zu der Stelle Schmidt, Pflichtth.-R. S. 117 Anm. 66. — Unrichtig die Erklärung von Francke S. 514: derselbe zieht hier seine nach den Quellen nicht zu begründende Annahme herbei, daß jene Klagen des Patrons durch jede noch so geringe Schenkung des Freigelassenen begründet werden. Vergl. darüber oben § 62 S. 521.

[2]) Vergl. l. 87 § 3 D. de legat. II° (31). l. 1. l. 6. l. 8 pr. C. h. t. Vat. fragm. 270. 271. Nov. 92 Kap. I.

letzung des Pflichttheils gegeben ist. Dies ist aus den in Anm. 2 angeführten Aussprüchen zu folgern: dieselben sprechen allgemein von einer Verkürzung des Pflichttheils durch eine Mehrheit von Schenkungen, ohne das unter diesen bestehende zeitliche Verhältniß zu berühren. Auch ist der Satz eine unabweislich logische Folge aus dem Grundgedanken unsres Instituts, das den Notherben bei Kränkung des Pflichttheils durch Schenkungen unter Lebenden zur Rückforderung berechtigt. Wird der Zurücksetzung des Notherben durch eine einzige große Schenkung entgegengetreten, so kann es dem demnächstigen Erblasser auch nicht gestattet sein, den gleichen Erfolg durch eine Mehrheit kleinerer Schenkungen herbeizuführen[3]).

Mit der soeben behandelten Frage hängt die zweite auf das Engste zusammen: gegen welche unter den mehreren Schenkungen der Anspruch wegen Pflichttheilsverletzung sich wendet. Dabei ist nicht an eine Mehrheit von Schenkungen zu denken, welche Folgen Eines Entschlusses, damit eine einige Handlung darstellen, denn diese sind nicht anders zu behandeln, wie mehrere gleichzeitig ausgeführte Schenkungen. Abgesehen von einer solchen fortgesetzten Liberalität läßt sich nur sagen: diejenige Schenkung begründet die Klage des Notherben, welche (bei Zurechnung des Betrags aller früheren) pflichtwidrig erscheint. Die voraufgehende Schenkung hat für sich allein eine Kränkung der Notherbenberechtigung nicht zur Folge gehabt; ebensowenig aber kann sie nachträglich dadurch fehlerhaft werden, daß eine spätere Freigebigkeit von einem solchen Vorwurf getroffen wird. Denn die folgende Liberalität kann auf die frühere keinen andern Einfluß üben, wie jede zufällige Minderung des Vermögens. (Vergl. dazu § 62 unter B. S. 521 f.).

Hiernach ergibt sich von selbst, wie haltlos die Ansichten älterer Schriftsteller waren, welche die mehreren, zu verschiedenen Zeiten ausgeführten Schenkungen gleichmäßig theilweiser Zurückforderung unterwerfen oder gar sämmtlich rückgängig machen wollten[4]). Unbegründet ist es jedoch, wenn Francke (Anm. 4 cit.) diese Frage mit der Streitfrage in Verbindung bringt, ob die bei wirklich pflichtwidriger Schenkung zuzulassende Forderung des Notherben auf den ganzen geschenkten Gegenstand oder nur auf den am Pflichttheil des Notherben fehlenden Betrag gestellt ist. Der Streit hierüber

[3]) Vergl. Brinz II S. 853. Windscheid III § 586 Anm. 6.

[4]) Litterarische Nachweise bei Glück 7 S. 174. Francke S. 513.

hat zur Voraussetzung, daß die uns jetzt vorliegende Frage, welche Schenkung die Rückforderung begründet, bereits entschieden ist.

Mit Recht hat man die dargestellten Grundsätze über eine Mehrzahl der Zeit nach aus einander liegender Schenkungen auf den Fall übertragen, wo ein Erblasser, welcher sein Vermögen durch (an sich nicht anfechtbare) Schenkungen unter Lebenden gemindert hat, im letzten Willen neben dem Notherben Personen, welchen keine Pflichttheilsberechtigung zukommt, durch Erbeseinsetzung oder Vermächtniß bedenkt. Auch hier hat man, um zu beurtheilen, ob dem Notherben der Pflichttheil unverkürzt zu Theil wird, zum vorhandenen Nachlaß den Betrag der Schenkungen hinzuzurechnen: ergibt sich danach eine Schmälerung des Pflichttheils, so wendet sich der Ausspruch des Notherben gegen die Miterben oder die Vermächtnißnehmer, grade wie im Fall der mehreren Schenkungen die späteren Schenkungen den Anspruch des Notherben wach rufen. Nur hat sich der Notherbe gegenüber jener Verkürzung durch letzten Willen nicht der querella inofficiosae donationis, sondern der Ergänzungsklage zu bedienen[5]).

Wie ist es aber, wenn die vom Erblasser unter Lebenden gemachte Schenkung einem Notherben zugekommen und eben dieser demnächst im Testament in der beschriebenen Weise bedacht wird, während neben ihm ein zweiter Pflichttheilsberechtigter eingesetzt ist, der nicht durch eine Schenkung begünstigt ist? Auch hier ist Behufs der Feststellung, ob diesem Zweiten der volle Pflichttheil zu Theil wird, die Schenkung mit in Ansatz zu bringen und es kommt bei einer nach dieser Rechnung sich ergebenden Pflichttheilsverletzung das vorhin bezeichnete Rechtsmittel zur Anwendung. Man nimmt an, daß wir für diese Sätze einen Beweis in Nov. 92 Kap. I besitzen, und wirklich scheint mir ein mittelbarer Beweis im Gesetz zu liegen. Justinian bestimmt mit Anknüpfung an die Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18: hat ein Vater bei Lebzeiten einzelnen Kindern eine übermäßige Schenkung zukommen lassen, so soll er im letzten Willen die Erbschaft so vertheilen, daß jedes Kind den Pflichttheil erhält, der ihm vor jener Schenkung zukam. Dieser Anordnung sollen sich die beschenkten Kinder nicht durch die Erklärung entziehen können, daß sie vom Erbschaftserwerb Abstand nehmen. Zwar zum

[5]) Vergl. zum Bisherigen wie zum Folgenden Francke S. 514—516. Windscheid III § 586 Anm. 6.

Erwerb selbst sind sie nicht zu nöthigen, aber sie sollen gehalten sein, den übrigen Kindern das diesen am Pflichttheil Fehlende zu gewähren.

Augenscheinlich sind hier zwei Fälle zusammengeworfen. Der erste, für jetzt allein für uns wichtige, ist der, wo das bei des Erblassers Tode noch vorhandene Vermögen zur Gewährung des Pflichttheils an die nicht mit Schenkungen bedachten Kinder ausreicht, während die beschenkten Kinder ganz oder theilweise auf die empfangenen Schenkungen angewiesen werden müssen. An sich liegt hier Pflichttheilsverletzung vor, da die Erbschaft den Pflichttheil aller Notherben nicht mehr enthält; aber die Verletzung kann durch die vom Kaiser bezeichnete Vertheilung ausgeglichen werden. Wichtig ist nun dies. Augenscheinlich geht Justinian davon aus, daß die beschenkten Kinder das Testament, wenngleich dieses ihnen den Pflichttheil aus der Erbschaft nicht gewährt, nicht anfechten können. Daraus aber wird weiter folgen: würde das Testament die beschenkten Kinder in gleichem Maße bedenken, wie die nicht beschenkten, so läge für die Letzteren bei Zurechnung des verschenkten Betrags zum Vermögen Verletzung im Pflichttheil vor, und sie könnten zur Ergänzungsklage gegen die Empfänger der Schenkung greifen. Eben das muß dann auch in solchem Falle gelten, wo die Schenkung an sich den Pflichttheil aller Kinder übrig ließe, der Erblasser aber die schon auf jenem Wege bevorzugten Kinder im Testament noch weiter vor den übrigen begünstigt hätte.

Mit wenigen Worten berühre ich den andern Fall, welcher im zweiten Theil der oben mitgetheilten Verfügung der Novelle angedeutet wird. Es ist der, wo die Erbschaft in Folge der Schenkungen nicht einmal zur Gewährung des Pflichttheils der früher nicht bedachten Kinder zureicht. Denn offenbar deutet hierauf die Bestimmung hin, daß die beschenkten Kinder durch die Erklärung, nicht miterben zu wollen, die Verpflichtung nicht sollen ablehnen können, den andern Notherben den Pflichttheil (aus dem geschenkten Gegenstande) zu erfüllen. Leicht begreiflich: sie unterliegen der Klage wegen pflichtwidriger Schenkung.

Mit der oben begründeten Anforderung, daß bei der Frage nach der Verkürzung des Pflichttheils durch Verfügungen von Todeswegen auf frühere Schenkungen unter Lebenden Rücksicht genommen werde, tritt ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden von 1849[6]) in Wider-

[6]) Seuffert, Arch. 4. 68.

spruch, indem es den allgemeinen Satz aufstellt,

„daß dasjenige, was durch Dispositionen unter den Lebendigen bereits „bei Lebzeiten des Erblassers dessen Vermögen entzogen worden ist, „an sich bei der Berechnung des Pflichttheils nicht mit in Anschlag „gebracht werden kann, da sonst der Pflichttheil, seinem Begriffe zu„wider, von dem Vermögen eines Lebendigen berechnet werden würde."

Schon an früherer Stelle habe ich bemerkt, daß der Satz nach meinem Erachten in dieser Allgemeinheit nicht aufrecht erhalten werden kann (vergl. § 38 bei Anm. 22, S. 299).

Gegenüber den jetzt dargestellten Regeln über die Verletzung des Pflichttheils durch Schenkungen ist eine neue Erweiterung der regelmäßigen Grundsätze über die in den Pflichttheil einzurechnenden Erwerbungen aus dem Vermögen des Schenkers zu erwähnen. Der Notherbe, der sich über eine pflichtwidrige Schenkung des Erblassers an einen Dritten beschwert, muß sich seinerseits auf den Pflichttheil anrechnen, was er durch einfache Schenkung vom Erblasser erhalten hat. Danach ist ihm die Querel wegen pflichtwidriger Schenkung auch völlig zu versagen, wenn ihm der Pflichttheil durch die ihm selbst zu Theil gewordene Schenkung allein oder in Verbindung mit andern gültigen Zuwendungen auf denselben vollständig gewährt ist[7]). Es ist begreiflich, daß man den Notherben, der die vom Erblasser zu Gunsten Dritter geübten Liberalitäten mit Berufung auf seine Pflichttheilsberechtigung anfocht, auf die ihm selbst auf dem gleichen Wege zugeflossenen Vergünstigungen verwies.

§ 64.

D. **Gegenstand des Anspruchs.**

Auf den Gegenstand des Anspruchs des Notherben wider den pflichtwidrig Beschenkten bezieht sich die von jeher lebhaft verhandelte Streitfrage, ob die geschenkten Vermögensstücke in ihrer ganzen Aus-

---

[7]) Vergl. Francke S. 516 f. Windscheid III § 586 Anm. 9. Erk. des O.-A.-G. zu Dresden vom 5. Juni 1862 bei Seuffert, Arch. **16**. 233. — Einen sicheren Beweis für den Satz gewährt l. 7 C. de inoff. donat. 3. 29. Man beruft sich außerdem auf l. 6 C. eod., wo Diocletian und Maximian der Querelklägerin die vom Erblasser empfangene Dos auf den Pflichttheil anrechnen. Dabei macht man geltend (Francke), daß zu Diocletian's Zeit nach regelmäßigem Recht die Dos noch nicht auf den Pflichttheil angerechnet wurde. Allein dieser Satz kann, wie wir im § 39 unter I D. (S. 309 f.) zeigten, nicht als sicher gelten, und darum muß die Beweistüchtigkeit der l. 6 C. cit. beanstandet werden.

dehnung (mindestens zum Betrage des gesetzlichen Erbtheils des Klägers), oder nur im Umfange des Pflichttheils abgefordert werden, — nach der üblichen Ausdrucksweise: ob der Anspruch die Schenkung vollständig oder nur in dem soeben angegebenen Umfange rescindirt. Die herrschende Ansicht ist für die Beschränkung auf das Maß des Pflichttheils oder des dem Notherben an diesem fehlenden Betrages[1]). Die Anhänger der entgegengesetzten Meinung treffen zusammen in dem Grundgedanken, welcher für die Klage wegen pflichtwidriger Schenkung die gleichen Wirkungen annimmt, wie für die querella inofficiosi testamenti: danach würde die Schenkung bis zur Höhe des gesetzlichen Erbtheils des Klägers — nach Manchen unter Umständen im vollen Umfange — rescindirt. Für das Justinianische Recht wird dann mehrfach der Parallelismus mit Rücksicht auf die Ergänzungsklage der l. 30 C. de inoff. test. 3. 28 weiter geführt: danach soll die vorhin erwähnte Anfechtung nur die Schenkung des ganzen Vermögens treffen; hingegen bestände ein bloßer Anspruch auf Ergänzung, wenn dem Notherben wenigstens Etwas auf den Pflichttheil übrig bliebe. Bis zu dieser Grenze stützt sich jene Meinung auf Erwägungen, die eine Berücksichtigung bei der theoretischen Entwicklung des vorliegenden Anspruchs verlangen dürfen: nicht das Gleiche läßt sich von einzelnen weiteren Unterscheidungen sagen, die man mehrfach in die Lehre hineingetragen hat, während sie durch die Quellen nicht veranlaßt werden. So hat man den Umfang des Angriffs auf die Schenkung davon abhängig machen wollen, ob diese einem Notherben oder einem Fremden zugewendet, ob sie vom Erblasser mit oder ohne Bewußtsein von der mit ihr gegebenen Verletzung des Notherbenrechts gemacht war.

Unsre Darstellung folgt der herrschenden Ansicht, die sie aus den Quellen begründet. Ein Eingehen auf die einzelnen Verzweigungen der entgegengesetzten Meinung wird abgelehnt[2]): nur die Ansicht, welche die Grundsätze der Testamentsquerel und der Ergänzungsklage

---

[1]) Glück 7 S. 158—172. Francke S. 521—533. Mühlenbruch S. 97—117. Arndts S. 645 f. Vangerow § 482 Num. II z. A. Windscheid § 586 bei Anm. 3, — wohl auch Brinz II S. 852. Weitere Vertreter dieser Ansicht aus früherer Zeit bei Glück S. 161, aus neuerer Zeit bei Vangerow a. a. O.

[2]) Wegen der Darstellung und Würdigung der verschiedenen Schattierungen der Gegenansicht ist zu verweisen auf Glück 7 S. 158—161. Francke S. 521—523. Mühlenbruch S. 98 f. Breidenbach, Arch. f. civ. Prax. 27 S. 341—344. 28 S. 51. 52.

auf die pflichtwidrige Schenkung zu übertragen sucht (so namentlich Breidenbach[3]), wird kurz besprochen werden.

Es ist unumwunden zuzugeben, daß die Forderung des Notherben in ihrer ersten Anlage — Rescript Alexanders, l. 87 § 3 D. de legat. II° — den Gegenstand der Schenkung im ganzen Umfange des gesetzlichen Erbtheils des Notherben in Anspruch genommen hat; das „ratio deposcit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari“ ist befriedigend nur so zu erklären, daß neben dem beschenkten, selbst pflichttheilsberechtigten Enkel nur noch Ein Notherbe stand, der mit der Klage vorging[4]). Allein mit Recht ist oft genug hervorgehoben, daß die spätere Entwicklung die Forderung in ihrem Umfange eingeschränkt hat. Indem ich mich anschicke, dies darzuthun, setze ich diejenigen Beweisstellen, welche nach meinem Urtheil völlig beweisend sind, an die Spitze: es sind l. 8 pr. C. de inoff. don. 3. 29. l. un. C. de inoff. dot. 3. 30. nov. 92. c. 1.

a. Die schon an früherer Stelle besprochene l. 8 pr. C. cit. verleiht entgegen den Schenkungen, welche die Mutter mit Erschöpfung ihres Vermögens einem der Kinder gemacht hat, den übrigen Kindern die Querel mit dem Erfolge, daß „quod donatum est pro *ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti* deminuetur.“ Das „pro ratione quartae“ kann in dieser Verbindung nur den Maßstab der Anfechtung angeben wollen[5]); auch nach den Bemerkungen von Breidenbach bleibt er unannehmbar, wenn Zimmern in jenen Worten nur den Grund des Anspruchs finden wollte[6]). Denn der Rechtsgrund des Anspruchs wird (hier wie in andern Rescripten) in der Verweisung auf die Grundgedanken der quer. inoff. testamenti dargeboten. Und eben weil der Ausdruck „ad instar inofficiosi testamenti convicti“ nur auf die in jenem vorbildlichen Anspruch ausgeprägte Mißbilligung der Pflichttheilsverkürzung durch das Recht hinweist, kann es nicht auffallen, wenn sich unmittelbar daneben in l. 8. C. cit. eine Bestimmung des Forderungsgegenstands findet, welche vom Recht der als Muster dienenden Klage abweicht.

---

[3]) Arch. 27 S. 338—360. 28 S. 28—53.

[4]) Vergl. Mühlenbruch S. 42—53. Breidenbach 28 S. 29—32.

[5]) Vergl. die Belegstellen bei *Dirksen* v. Ratio § 6.

[6]) Zimmern in Neustetel und Zimmern, römischrechtl. Unters. S. 74. (Die Worte werden hier übersetzt mit „aus Rücksicht auf die [entzogene] Quart“.) Breidenbach 28 S. 41. Vergl. dagegen Mühlenbruch S. 107.

b. In ähnlicher Weise bestimmt den Inhalt des Anspruchs l. un. C. cit. (Constantius). Das Rescript handelt von der querella inofficiosae *dotis*, darf aber hier benutzt werden, da dort überall gleiches Recht gilt. Auch hier wird gegenüber der das ganze Vermögen der Mutter erschöpfenden Bestellung einer Dos Klage „ad exemplum inofficiosi testamenti" ertheilt; mit dieser aber sollen den Kindern *emolumenta debita* zugeführt werden. Das kann, da von einem rechtlich durchzusetzenden Anspruche die Rede ist, nur auf den Pflichttheil gedeutet werden [7]; ohne Grund hat man die Aeußerung auf den gesetzlichen Erbtheil bezogen oder ihr die technische Bedeutung abgesprochen [8].

c. Die Nov. 92 Kap. I erklärt deutlich, der vom Erblasser mit Verkürzung des Pflichttheils eines Notherben übermäßig Beschenkte solle dem Notherben auf Erfüllung des Pflichttheils haften. Ueber dieses schon im § 63 behandelte Gesetz hier nur soviel. Da der Sinn der Worte der Novelle nicht zweifelhaft ist, so bietet sich den Vertheidigern der Gegenansicht nur der Ausweg, daß man der Vorschrift bald so, bald anders die Bedeutung einer Neuerung des Justinianischen Rechts beilegt. So meint Zimmern, der das Gesetz auf Kinder des Erblassers beschränkt und in ihm eine neue Verordnung für den Fall sieht, wo den Kindern bei des Erblassers Tode Etwas, nur nicht der volle Pflichttheil geblieben ist, Justinian verleihe hier eine eigenthümliche Klage auf Ergänzung des Pflichttheils [9]. Aber weder rechtfertigt sich die Beschränkung auf die Kinder, die nur als wich-

---

[7] Wo so absolut von einer debita portio oder von einem Erwerb durch Erbschaft gesprochen wird, der Gegenstand eines rechtlichen Anspruchs und insofern ein debitum sein soll, wird man stets an den Pflichttheil zu denken haben. Vergl. l. 8 § 1 C. de inoff. test. 3. 28: — etiamsi minus quam ei debebatur relictum est —. l. 36 pr. C. eod.: minorem debita portionem —. l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29: — debitum bonorum subsidium —. Dazu die Stellen über den Pflichttheil des Patrons bei Schmidt, Pflichtth.-R. S. 63 Anm. 86. — Dem Satze des Textes widerspricht es nicht, daß die elterliche Erbschaft oder die Erbschaft des Freigelassenen mit Betonung der natürlichen, auf das persönliche Verhältniß der Betheiligten zu einander gegründeten Anschauung als debitum behandelt wird: l. 10 D. pro soc. 17. 2. l. 15 D. de inoff. 5. 2. l. 7 § 1 D. si tabulae 38. 6. Hieraus erklärt es sich weiter, daß der Pflichttheil „quarta debitae portionis" heißt: l. 8 § 8 D. de inoff. 5. 2. l. 2. C. de inoff. donat. 3. 29.

[8] Zimmern S. 74 f. Breidenbach 28 S. 46.

[9] Zimmern S. 77—79 (im Wesentlichen übereinstimmend schon *Ant. Faber*, conjectur. lib. 3 c. 17).

tigste Classe der Notherben genannt werden, noch ist die Klage der verkürzten Kinder eine andre, als die querella inoff. donationis. — Noch weiter geht Breidenbach: er meint, schon seit l. 30 C. de inoff. test. 3. 28 habe jeder vom Erblasser mit einer unzulänglichen Zuwendung bedachte Notherbe auch gegen den pflichtwidrig Beschenkten nur die Ergänzungsklage gehabt; dieser Satz sei dann durch die Novelle gegen Zweifel sicher gestellt[10]). Breidenbach verkennt, wie noch unten zu zeigen ist, das Wesen der lediglich als Obligation des Testamentserben zu fassenden Ergänzungsklage.

Ich lasse drei weitere weniger zuverlässige Aeußerungen der Quellen folgen:

d. Die l. 5 C. de inoff. donat. 3. 28 (Diocletian und Maximian) verleiht dem Schenker selbst die schon früher (§ 61 S. 510. 513) besprochene Rückforderung des Geschenkten insoweit, als der Pflichttheil später geborner Notherben verkürzt erscheint[11]). Die Stelle begründet nur einen Schluß aus der Analogie, da keine Klage des Notherben, auch keine querella inofficiosae donationis vorliegt. Immer ist jener Schluß einigermaßen berechtigt, da der Anspruch der l. 5 C. cit. gleich unsrer Querel der geschmälerten Pflichttheilsberechtigung Hülfe zu gewähren bestimmt ist.

e. Die l. 2 C. eod. (Valerian und Gallien) unterscheidet bei der Schenkung des ganzen Vermögens vom Vater an den Sohn so: Ist einem Haussohn geschenkt, so soll die Schwester im Erbtheilungsverfahren die *quarta debitae ab intestato portionis* unverkürzt erhalten; wurde einem Emancipirten, darum von vorn herein gültig geschenkt, so soll nach Analogie der querella inofficiosi Hülfe gewährt werden. Die beim zweiten Fall eingreifende Klage ist unsre Querel:

---

10) Arch. 28 S. 48—52. Die Worte der Nov. 92 Kap. I: „Et haec quidem nostra ab initio cogitatio fuit“ — wollen nicht auf die Nov. 18 und zugleich die *l. 30 C. de inoff. test. 3. 28* hindeuten (so Breidenbach). Denn von einem Hinweis auf die Codexstelle enthält das Gesetz keine Spur; auf die Nov. 18 dagegen wird in der praefatio wie am Schluß des c. 1 pr. deutlich Bezug genommen. Jene Worte besagen nur, Justinian habe die Erhöhung des Pflichttheils, wie sie durch Nov. 18 erfolgt ist, von Anfang an auch auf die querella inofficiosae donationis bezogen.

11) l. 5 C. cit.: — *id, quod ad submovendas inofficiosi testamenti querellas non ingratis liberis relinqui necesse est,* ex factis donationibus detractum, ut filii — *debitum bonorum subsidium consequantur,* ad patrimonium tuum revertetur.

läßt sich nun nicht deren Gegenstand aus der Entscheidung des ersten Falls entnehmen? Ich meine, nicht. Die Schenkung an den Haussohn, von vorn herein ungültig, wird rückwärts gültig, wenn sie nicht bis zum Tode des Schenkers widerrufen wird[12]). Indessen gebührt hier wie bei der Schenkung auf den Todesfall dem Erben, bei der Schenkung an einen der Erben den Miterben die Falcidische Quart[13]). Da nun der um dieses Grundes willen gekürzte Betrag ipso jure beim Erben verbleibt[14]), so konnte es im Fall unsrer l. 2 C. cit. hinsichtlich des der Quart der Miterben entsprechenden Bruchtheils nicht zu einer gültigen Schenkung kommen. Und da zu Valerian's Zeit der Pflichttheil[15]) in seinem Umfange mit der Falcidischen Quart zusammentraf, so hatte rechtlich die Notherbin mit dem Tode des Erblassers den Pflichttheil in ihrem Antheile am geschenkten Gegenstande, es bedurfte nur der thatsächlichen Abtheilung im Erbtheilungsverfahren. Demnach hatte die Schenkung die Schwester niemals im Pflichttheil verletzt.

Auch daraus ist nicht zu entnehmen, daß die bei diesem ersten Fall von l. 2 C. cit. gebrauchten Ausdrücke „ut tibi quartam *debitae ab intestato portionis* praestet incolumem" auf den Pflichttheil hinweisen. Wie die Zusammenfassung der zwei Fälle zeigt, war bei den Kaisern angefragt, wie die Schwester zu ihrem Pflichttheil komme; darum spricht das Rescript von diesem, ohne zu betonen, daß derselbe mit der Falcidischen Quart gegeben sei[16]).

Bei dem zweiten Falle, dem einer Schenkung an einen Emancipirten, liegt die ganz andre Frage vor, ob bei der rechtlich in Vollzug gesetzten Verkürzung im Pflichttheil ein Anspruch auf den Pflichttheil oder, wie bei der querella inofficiosi testamenti,

---

[12]) Ueber diesen Fall Vat. fragm. 274. 277. 278. 281. Vergl. l. 25 pr. C. de donat. int. V. et U. 5. 16. Francke S. 525 f. Mühlenbruch S. 104—106. Windscheid II § 516 Num. 3, besonders Anm. 17.

[13]) fr. Vat. 281 (Dioclet.): — inlibata donatio permanet, *si tamen legis Falcidiae ratio comminui eam nec exegerit;* quod si locum habet, eatenus ex donatione fratres tui deducent, quatenus id fieri indemnitas et juris ratio in optinendis portionibus, quas eos habere necesse est, exigunt. —

[14]) l. 18 C. ad l. Falc. 6. 50, verglichen mit l. 73 § 5 D. eod.

[15]) Vergl. noch wegen der Behandlung des Pflichttheils das Erk. des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom 22. Juni 1869 bei Seuffert, Arch. 25. 253. Dazu unsre obige Ausführung im § 59 a. E.

[16]) Vergl. Breidenbach 28 S. 33—36.

auf den gesetzlichen Erbtheil eintritt. Hier ist nur aus der Fassung der l. 2 C. cit. das wenig erhebliche Argument abzuleiten: indem die Kaiser den Gegenstand der Forderung des Emancipirten nicht bezeichnen[17]), wird es glaublich, daß sie den zuvor bezeichneten Pflichttheil im Sinne hatten.

f. Noch will man einen Beweis in l. 7 C. eod. finden (Diocletian und Maximian — entnommen aus Vat. fragm. 280), indem hier zur Bezeichnung des Gegenstands der Querel der Ausdruck gebraucht wird: „quod *immoderate* gestum est, revocabitur". Ohne Frage liegt in diesen Worten einiger Beweis; denn die den Pflichttheil schmälernde Schenkung wird wiederholt in Rescripten als: „immoderata donatio", „immoderata liberalitas", „immodica donatio" bezeichnet[18]). Indessen ist ein Beweis aus einem Sprachgebrauch der späteren Kaiserzeit kein zuverlässiger.

Die dargelegten, nach meinem Urtheil völlig überzeugenden Beweise für die herrschende Lehre werden durch die von der Gegenseite beigebrachten Aeußerungen der Quellen nicht in nennenswerthem Maße geschwächt. Bei diesen fällt das Hauptgewicht auf das in l. 87 § 3 D. de legat. II° (31) vorliegende Rescript Alexanders; doch ist hier ohne Bedenken zu der oben im Text hinter Anm. 4 angedeuteten geschichtlichen Vereinigung zu greifen. Die Annahme eines Wechsels in der rechtlichen Behandlung des Anspruchs der Notherben findet eine Stütze an einem äußeren Umstande: das erwähnte Rescript ist in der ziemlich ausgedehnten l. 87 D. de legat. II° (31) versteckt geblieben, nicht unter die im Codextitel de inofficiosis donationibus gesammelten Rescripte aufgenommen.

Auch bei unsrer Frage wird als Beweisgrund die l. 9 C. de inoff. donat. 3. 29 und die dort bezeugte ausgedehnte Analogie der querella inofficiosi testamenti herangezogen. Nach den im § 62 unter II A S. 519 f. entwickelten Grundsätzen ist jedoch dem Rescript beim vorliegenden Streit alle Bedeutung abzusprechen, weil der Gegenstand

---

17) Breidenbach sieht in dem „is qui provinciam regit ad similitudinem inofficiosi querellae auxilium tibi aequitatis impertiet" einen Hinweis auf den Gegenstand der Testamentsquerel. Dem entgegen ist zu wiederholen, daß die Worte den Rechtsgrund der eintretenden Hülfe angeben.

18) fragm. Vat. 271. l. 4 C. h. t. = fr. Vat. 282. l. 9 C. h. t. l. 5 C. ad leg. Falc. 6. 50. Uebereinstimmend l. un. C. de inoff. dot. 3. 30 („dos immodica").

der auf Schenkungen bezüglichen Querel durch die speciellen Zeugnisse unter a — c deutlich bestimmt wird. Ein innerer Grund, der auf diesem Gebiet die Analogie der Testamentsquerel bedeutungslos macht, soll unten aufgezeigt werden.

Weiter bezieht man sich auf das Rescript in l. 4 C. de contr. empt. 4. 38 von Diocletian und Maximian[19]). Der Anfragende hat vorgetragen, er habe von einer Frau deren gesammtes Vermögen geschenkt erhalten, dann aber von deren Sohn und Erben res maternas gekauft. Hier wird wegen der Wirkungen des Kaufs eröffnet: da der Bittsteller durch Schenkung und nachfolgende Besitzübergabe Eigenthümer geworden sei, so sei der Kauf als über Sachen des Käufers geschlossen ungültig. Zur Frage der Pflichtwidrigkeit der Schenkung wird bemerkt:

— sane quoniam *omnia bona* tibi ab ea (sc. donatrice) donata et tradita dicis, ad hoc a filio facta venditio *rerum maternarum* adferre perfecta etiam donatione poterit defensionem, ne vel exemplo inofficiosi testamenti possit *haec* avocare.

Aus den von der querella inofficiosae donationis handelnden Schlußworten, namentlich aus dem „haec", das auf „omnia bona" bezogen wird, folgert man, daß die Klage den Gegenstand der Schenkung vollständig abfordere. Allein das „omnia bona" wird nur als Beweis für die Pflichtwidrigkeit der Schenkung betont; eben darum liegt kein Grund vor, bei dem zurückweisenden „haec" auf das frühere „omnia" Gewicht zu legen. Augenscheinlich soll doch nicht der Umfang der Querel bestimmt, es soll nur bemerkt werden, daß der Sohn und Erbe durch das (als Vergleich über die Querel zu behandelnde) Kaufgeschäft die Anfechtung der Schenkung aufgegeben habe.

Zu diesen Beweisstellen kommt ein Ausspruch der Basiliken hinzu — Bas. **41.** 4. 5 —, welcher die l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29 wiedergibt. Hier wird im Gegensatz zu der dem Schenker mit Rücksicht auf die nachträglich gebornen Notherben gestatteten Klage von einer Anfechtung der Schenkung wegen der Verkürzung dieser Notherben gesprochen, und diese Anfechtung wird deutlich auf die ganze Schenkung bezogen[20]). Ist nicht dabei an unsre Querel zu denken?

---

[19]) Vergl. fr. Vat. 293; sodann einerseits Breidenbach 28 S. 43—46, anderseits Francke S. 529—531. Mühlenbruch S. 110—114.

[20]) Bas. l. cit.: καὶ δέεται αὐτὸς ὁ πατὴρ ἀνατραπῆναι πάσας τὰς δωρεάς, διὰ το τοὺς μετὰ ταῦτα τεχθέντας παῖδας ἢ ἐγγόνους ἀποστερηθῆναι

Wie mir scheint, ist die Stelle[21]) aus einem zweifachen Grunde unerheblich. An sich muß ein Zeugniß über die Auffassung, welche die Querel nach Justinian im griechischen Kaiserreich gefunden hat, gegenüber den uns vorliegenden unzweideutigen Aeußerungen der Rechtsquellen zurückstehen. Das vorliegende Zeugniß aber erregt noch besondere Bedenken, da es von einer Anfechtung bei Lebzeiten des Schenkers und durch diesen selbst redet.

Soviel die von der entgegengesetzten Ansicht benutzten äußeren Beweise. Was zu allen Zeiten den Angriffen auf die herrschende Lehre in vorzüglicher Weise Nahrung gegeben hat, ist das Recht der Querel aus pflichtwidrigem Testament, zu deren Ergänzung doch die querella inofficiosae donationis bestimmt ist. Dort erlangt der Kläger den vollen gesetzlichen Erbtheil: soll man dem nachgebildeten Anspruche einen geringeren Umfang gegeben haben? Hat dann aber Justinian in weitem Maße an die Stelle der querella inofficiosi testamenti die Ergänzungsklage gesetzt, so scheint es natürlich, daß der Notherbe sich auf unserem Gebiet die gleiche Einschränkung gefallen lassen mußte[22]). Es wird sich durch eine Zergliederung des Wesens der beiden verglichenen Klagen zeigen lassen, daß diese bei der vorliegenden Lehre nicht wohl als Vorbild dienen konnten. Die Querel wegen pflichtwidrigen Testaments erhebt Beschwerde über die Nichtberücksichtigung bei der letztwilligen Verfügung über das erblasserische Vermögen. Sie muß also ausgehen von einem Verwandten, der ohne das Testament Erbe geworden wäre. Und wie auf Seiten des Klägers, so liegt auf Seiten des Beklagten Erbberechtigung vor: der Beklagte ist der Testamentserbe. Beides zusammen mußte dahin führen, daß der Erfolg der Querel auf die Herstellung der gesetzlichen Erbfolge gestellt wurde. Zwar machte die Beschränkung der Rechtskraft des Erkenntnisses auf die Parteien eine über den Erbtheil des Klägers hinausgehende Aufhebung des Testaments unstatthaft; aber immer mußte man zu dem Satze kommen, daß im

τῆς αὐτοῦ περιουσίας· ἡ τοίνυν διάταξις, ἐπειδὴ καὶ τὰς δωρεὰς ἐρρωμένας εὗρε, καὶ οὐδὲ ἐπὶ περιγραφῇ τοῦ παιδὸς γενομένας εὗρεν· οὐδὲ γὰρ ἦν τότε ἐν φύσει· κελεύει τὰς μὲν δωρεᾶς ἐρρῶσθαι κ. τ. λ.

[21]) Auf die Stelle verweist Breidenbach 28 S. 38 f.; sie scheint auch Brinz (II S. 852) bedenklich gemacht zu haben.

[22]) So die Grundzüge der mehrfach erwähnten Erörterungen von Breidenbach.

Umfang dieses Erbtheils das Testament vollständig aufgehoben wurde[23]). Wenn uns also die Incongruenz begegnet, daß der Kläger auf Grund der Beschwerde über bloße Pflichttheilsverletzung den vollen Intestaterbtheil erlangt, so beruht dies nicht auf einer Forderung der Gerechtigkeit, sondern darauf, daß es sich bei dem Anspruch hüben und drüben um Erbesein handelt.

Bei der Anfechtung der pflichtwidrigen Schenkung besteht überall kein Grund für eine solche eigenthümliche Wirkung des Anspruchs. Die Schenkung führt immer nur zu einer Sondernachfolge und die Querel des Notherben fordert nur Herausgabe der einzelnen Rechtsobjekte: daher war es durchaus angemessen, daß man diese nur nach dem Maßstabe der Beschwerde des Klägers eintreten ließ. — Soviel von der vermeintlichen Analogie der Testamentsquerel; noch weit weniger haltbar ist der Gedanke, das Institut der Ergänzungsklage in unsrer Lehre heimisch zu machen. Letztere verdankt ihre Entstehung dem auf ethischer Grundlage ruhenden Zwecke des Gesetzgebers, das Testament möglichst gegen die Vernichtung wegen Pflichttheilsverletzung in Schutz zu nehmen[24]), dem Erblasser den Erben, den er sich selbst bestellt hat, zu erhalten, auch wo dieser einen Theil des Vermögens einbüßen muß. Läßt sich eine Erwägung solcher Art für die möglichst schonende Behandlung pflichtwidriger Schenkungen anführen? Gewiß nicht; wäre es daher wahr, was die Gegner behaupten, daß bis auf Justinian die Querel den Erwerb des Beschenkten im Umfange des gesetzlichen Erbtheils abforderte, so bliebe es unverständlich, warum der Kaiser im Fall vorliegender theilweiser Bedenkung den Notherben auf die Forderung des Pflichttheils beschränkt haben sollte. — Für uns, die wir schon für das Recht vor Justinian einen in solcher Weise eingeschränkten Anspruch annehmen, ergibt sich aus dieser Erwägung jedenfalls ein Argument gegen die Ansicht, als liege in Nov. 92 und der hier auf das Bestimmteste ausgesprochenen Begrenzung der Querel durch das Maß des Pflichttheils eine Umbildung des Anspruchs nach der Analogie der Ergänzungsklage.

---

[23]) Vergl. die Ausführungen im § 51. — Die römischen Juristen ziehen zur Erklärung der universellen Wirkungen der Querel noch den color insaniae heran. Vergl. Claud. l. 36 D. de legat. III (32): Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cujus de inofficioso testamento constitisset, *quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud pertinens ad suprema ejus judicia valet.* l. 13 in f. l. 17 § 1 D. de inoff. test. 5. 2.

[24]) Vergl. l. 30 pr. C. de inoff. test. 3. 28.

Man würde überdies das Wesen der auf einem gesetzlichen Vermächtniß ruhenden, ausschließlich gegen den Testamentserben gerichteten Ergänzungsklage zerstört haben, hätte man diese zu einer Forderung gegen einen auf ein Rechtsgeschäft unter Lebenden gestützten Sondernachfolger des Erblassers stempeln wollen [25]).

Zum Schluß eine Stimme der Praxis über unsre Frage. Die herrschende Ansicht, die den Anspruch des Klägers auf dessen Pflichttheil beschränkt, ist zur Anerkennung gelangt im Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 16. August 1854 [26]).

§ 65.

E. Einzelne eigenthümliche, von der *querella inofficiosi testamenti* herübergenommene Grundsätze.

Die Verwandtschaft der Querel wegen lieblosen Testaments mit unserm auf pflichtwidrige Schenkungen bezüglichen Anspruche äußert sich bei einer Reihe materieller, zunächst für den erstgenannten Anspruch ausgebildeter Rechtsgrundsätze, von denen theils zufolge vorliegender Zeugnisse der Quellen, theils aus innern Gründen gesagt werden muß, daß sie auch bei der Querel wegen liebloser Schenkungen Geltung haben. Wir zählen dahin

A. den Wegfall der Querel bei verdienter Ausschließung vom Pflichttheil. Wie die Anfechtung des Testaments mit der gemeinen Querel dem Notherben abgeschnitten ist, wenn derselbe verdienter Weise von der Beerbung ausgeschlossen ist, so auch die Beschwerde über Verkürzung des Pflichttheils durch Rechtsgeschäft unter Lebenden: auch die hierin liegende Kränkung muß eine unverdiente sein [1]). Daß es hier so wenig wie bei der Querel wegen

---

[25]) Vergl. das auf S. 535 hinter Anm. 10 Gesagte. In ähnlicher Weise hat schon Mühlenbruch S. 127—129 den Unterschied der beiden in Frage stehenden Ansprüche gezeichnet.

[26]) Seuffert, Arch. 9. 193.

[1]) Angedeutet wird dieses Erforderniß: a. bei der Condiction, die dem Vater mit Rücksicht auf die durch die Schenkung im Pflichttheil verkürzten nachgebornen Notherben ertheilt wird. L. 5 C. de inoff. donat. 3. 29: — id, quod ad submovendas inofficiosi testamenti querellas *non ingratis* liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum — ad patrimonium tuum revertetur. b. In Anwendung auf unsre Querel selbst in l. 9 in f. C. eod. (mit Rücksicht auf die Analogie der quer. inoff. testamenti): — et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda vel idem (jus ins.?) et temporibus *et moribus*. Ebenso ist mindestens mit auf die Querel zu beziehen nov. 91 c. 1. § 1: Haec itaque dicimus de filiis gratis exsistentibus eis, non de ingratis et quibus pater

pflichtwidrigen Testaments der Angabe eines Ausschließungsgrundes bedarf, leuchtet von selbst ein: die Verletzung wird dem Notherben in unserm Falle durch ein Rechtsgeschäft unter dritten Personen zugefügt, in welchem jene Angabe keine schickliche Stelle finden würde. Ebenso wiederholt sich hier der Satz, daß die Gründe einer gerechtfertigten Verletzung des Pflichttheils vom Recht nicht festgestellt sind. Nach neuestem Recht muß man auch hier die Grundsätze der Nov. 115 Kap. 3 und 4 gelten lassen[2]).

B. Gründe eines nachträglichen Verlusts des entstandenen Querelrechts. Als solche bespreche ich den Verzicht, die Verjährung und das Versterben des Berechtigten vor vorbereiteter Querel.

1. Daß der Anspruch durch Verzicht beseitigt wird, braucht nicht ausgeführt zu werden. Zu fragen aber ist, ob in derselben Ausdehnung wie bei der querella inofficiosi testamenti die Forderung gegen den Beschenkten durch Handlungen aufgehoben wird, in denen sich eine Anerkennung der den Pflichttheil schmälernden Schenkung finden läßt. (Vergl. § 54 unter A. S. 468 ff.). Knüpfen wir zunächst an den einfachsten Thatbestand an: der Notherbe nimmt eine Zuwendung an, die zu seinen Gunsten dem Beschenkten durch eine mit der Schenkung verbundene Auflage abgefordert war. Damit aber steht es auf gleicher Linie, wenn bei einem gegenseitigen Contract der eine Vertragschließende durch absichtlich zu niedrige Bestimmung seiner Leistung eine Liberalität empfängt (s. g. negotium mixtum cum donatione), dieser begünstigte Contrahent als Theil seiner Leistung eine Zuwendung an den Notherben zusagt, die Zuwendung aber demnächst angenommen wird. Auf solche Fälle beziehen sich zwei neuere Urtheile deutscher Gerichtshöfe[3]). Bei dem Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 25. Juli 1848 lag eine den Pflichttheil des Notherben verletzende Veräußerung des Erblassers um zu geringen Preis vor: das Gericht nahm an, der Notherbe verliere durch die Annahme von Kaufgeldern aus einem solchen Geschäft das durch die Verletzung begründete Rechtsmittel (die querella inofficiosae donationis) nicht. Die Begründung geht dahin: der im Pflicht-

---

justam et legitimam ingratitudinem infert. Nam si hoc ita se habere apparuerit et approbentur ingratitudinis causae, sint ea, quae in lege de ingratis posita sunt, rata, nihil ex hac nostra legislatione minuenda.

[2]) Vergl. Arndts II. S. 650 Anm. 409.

[3]) Seuffert, Arch. 3. 357. 17. 76.

theil Verletzte könne nicht Wiederaufhebung des Kaufs, sondern nur Ergänzung des Pflichttheils fordern; daher könne die Annahme von Kaufgeldern, die dem Notherben unter allen Umständen gebühren, im Zweifel nicht als Verzicht auf die Klage wegen Ergänzung des Pflichttheils angesehen werden. Verwiesen wird dabei auf das Recht der Ergänzungsklage bei Schmälerung des Pflichttheils durch letzten Willen; eben diese vermeintliche Analogie hat das Gericht getäuscht. Die Ergänzungsklage läßt die Erbfolge unangetastet, sie fordert nur vom Testamentserben in Gestalt eines gesetzlichen Vermächtnisses Herausgabe des Werths, der dem Notherben am Pflichttheil fehlt; die querella inoff. donationis dagegen nimmt dem Erwerber einzelner Vermögensstücke das erworbene Objekt oder doch dessen Werth je nach Lage des Falls in größerem oder geringerem Umfange.

Entgegen dem besprochenen Erkenntniß wird man sagen müssen, daß der Notherbe durch Annahme einer Zuwendung der oben beschriebenen Art, auf Grund des Rechtsgeschäfts, die Klage wegen pflichtwidriger Schenkung verliert: in der Annahme liegt eine dem Verzicht auf die Klage gleichstehende Anerkennung der Schenkung. In diesem Sinne, zugleich unter Aufstellung einer allgemeinen Regel, spricht sich das zweite der beiden erwähnten Urtheile aus, das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom 9/16. Juni 1857. Der vom Gericht beurtheilte Fall war dem vorhin besprochenen verwandt: der spätere Erblasser hatte durch Veräußerung unter Lebenden (s. g. Hofverlaßcontract) seine Grundstücke mit Inventarien an eins seiner Kinder um zu niedrigen Preis, damit unter Verletzung des Pflichttheils des zweiten Kindes, überlassen. Bei Beurtheilung dieses Falles betont das Gericht die Verwandtschaft unserer Querel mit der querella inofficiosi testamenti, erklärt Beide für actiones vindictum spirantes[4]) und nimmt auch bei der Ersteren Verlust des Anspruchs durch jeden Act an, der eine Anerkennung der Willensbestimmung des Erblassers enthält, — so insbesondere durch die wissentliche Annahme desjenigen, was durch das Rechtsgeschäft dem mittelst desselben verletzten Notherben vom Erblasser zugewendet war.

---

[4]) In gleichem Sinne äußert sich ein Erk. des A.-G. zu Celle vom 26. Nov. 1869 (Seuffert, Arch. 23. 233); dasselbe erklärt dann mit Rücksicht auf diese Auffassung des Rechtsmittels den curator absentis für nicht ermächtigt, eine querella inofficiosae donationis Namens des Abwesenden zu erheben: die Anfechtung der Schenkung müsse in das eigne persönliche Ermessen des betheiligten Pflichttheilsberechtigten verstellt bleiben.

In der That ist bei der hier zur Untersuchung stehenden Lehre an der Verwandtschaft mit der querella inofficiosi testamenti festzuhalten. Damit eignen wir uns das vom zweiten Erkenntniß aufgestellte Princip an, welches uns weit über den Fall der Annahme einer Zuwendung auf Grund der pflichtwidrigen Schenkung hinausführt. Es entspricht der bei der querella inofficiosi testamenti geltenden Regel, daß jede als Anerkennung der pflichtwidrigen Schenkung aufzufassende Handlung das Klagrecht aufhebt. Für diesen Grundsatz zeugt, abgesehen von der Analogie der querella inofficiosi testamenti, die l. 6 C. de inoff. donat. 3. 29 (Dioclet. et Maxim.):

> Cum donationibus in fratrem tuum collatis facultates patris tui exhaustas esse eundemque patrem vestrum ea que superfuerant codicillis inter vos divisisse proponas, *si voluntatem ejus non agnovisti*, — de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti praeses provinciae jurisdictionis suae partes exhibebit[5]).

Dem Falle einer Anerkennung durch Vergleich über die Forderung gegen den Beschenkten sind wir im § 64 (S. 538) bei der Besprechung von l. 4 C. de contr. empt. 4. 38 begegnet.

2. Verjährung. Die fünfjährige Verjährung der Querel wegen lieblosen Testaments ist auf die vorliegende Klage übertragen[6]). Mit Recht hat man hervorgehoben, daß der Lauf der Frist erst mit dem Tode des Schenkers beginnen kann, da bis dahin ein Anspruch gegen den Beschenkten nicht besteht, daß aber der bei der gemeinen Querel geltende weitere Aufschub bis zur Erbschaftsantretung des Testamentserben (l. 36 § 2 C. de inoff. test. 3. 28) auf die Anfechtung der Schenkung keine Anwendung findet[7]).

3. Darüber, ob die Klage wegen pflichtwidriger Schenkung mit dem Tode des Notherben erlischt, und ob ein solches Erlöschen entsprechend der Regel über die querella inofficiosi testamenti durch Vorbereitung der Klage verhütet werden kann, schweigen die Quellen. Man wird jedoch beide Fragen bejahen müssen[8]), da es an jedem

---

[5]) Vergl. Bas. 41. 4. 6. Ohne Grund bezieht das schol. 3 das. das voluntatem adgnoscere auf die Annahme der dem klagberechtigten Notherben vom Vater gemachten letztwilligen Zuwendungen.

[6]) l. 9 in f. C. de inoff. donat. 3. 29.

[7]) Glück 7 S. 176 f. Francke S. 534.

[8]) So das oben besprochene Erk. des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 9./16.

Grunde fehlt, bei ihnen die Analogie der zuletzt gedachten Klage (l. ult. C. de inoff. don. 3. 29) zurückzuweisen. Die enge Verknüpfung des Anspruchs mit der Person des Berechtigten, um deren willen mit dessen Tode die auf die Anfechtung des Testaments gerichtete Querel untergeht, beruht zwar zum Theil darauf, daß die Rescission des Testaments auf Grund der gesetzlichen Erbberechtigung des Notherben gefordert wird, diese aber bei nicht erworbener Erbschaft nicht auf die Erben übergeht; allein mindestens eben so sehr hat an jener Erscheinung die Thatsache Theil, daß die Querel Genugthuung für die dem Notherben durch Vorenthaltung des Pflichttheils zugefügte Kränkung fordert. Und diesen nächsten Zweck wird man auch der querella inofficiosae donationis zuschreiben dürfen: er aber muß auch bei ihr das Erlöschen mit dem Tode des Berechtigten zur Folge haben. Es ist begreiflich, daß uns die Quellen, die uns den Anspruch als einen nur in allgemeinen Zügen ausgeführten darbieten, bei dieser Frage im Stich lassen. Aber Spuren, in denen jene Richtung auf Genugthuung für erlittene Kränkung hervortritt, sind das Wegfallen des Anspruchs, wo die Ausschließung eine gerechtfertigte, die Kränkung sonach eine verdiente ist, sodann die unter 1 dargelegte weite Ausdehnung des Begriffs der Anerkennung als Aufhebungsgrundes des Anspruchs.

Die Erwägungen, zu denen uns soeben die erste Frage Veranlassung gab, kehren wieder bei der Untersuchung über die Möglichkeit, den Anspruch durch Vorbereitung den Erben des Berechtigten zu erhalten. Auch der Präparation hatten wir eine doppelte Bedeutung zuzuschreiben: sie stellt eine auf die gesetzliche Erbfolge bezügliche Erwerbshandlung dar, und sie ist Aeußerung des Willens des Notherben, die in der Ausschließung von der Erbschaft liegende Kränkung zu verfolgen[9]). Eben dieses zweite Moment kann sich in unserm Fall geltend machen; dasselbe muß genügen, um der Vorbereitung die Kraft zu verleihen, den Erben des Pflichttheilsberechtigten den Anspruch zu sichern.

C. Eine letzte Frage ist, ob die Klage wegen liebloser Schenkung gleich der querella inofficiosi testamenti subsidiäres Rechtsmittel ist, und ob man die Subsidiarität in dem weiten Sinne zu nehmen

---

Juni 1857 (Seuffert 17. 76). Vergl. auch Mühlenbruch S. 127. Arndts II S. 650.

[9]) Vergl. § 56 unter II.

hat, wie solcher in Anwendung auf diesen zweiten Anspruch im § 57 unter I. dargelegt wurde. Beides ist mit der herrschenden Meinung zu behaupten, man darf auch auf diesem Punkte der Analogie der verwandten Klage folgen[10]). Indessen scheint hier der Zweifel, ob die Subsidiarität eine absolute sei, an l. 4 C. de inoff. donat. 3. 29 Nahrung zu finden[11]). Diocletian und Maximian rescribiren einer Mutter, wenn ihr Sohn sein Vermögen durch übermäßige Schenkung erschöpft habe, aus seiner Person aber der Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sich begründen lasse, so könne sie (als Erbin des Sohnes) beim Provincialstatthalter Aufhebung der Schenkung erlangen. Daran sind die Schlußworte angehängt:

— ideoque non est tibi *necessarium* adversus immodicas donationes auxilium ad instar inofficiosi testamenti.

Darf man nun hier das „necessarium" prüfen, um zu beweisen, daß die Querel der begründeten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ungeachtet zulässig sei? Dann freilich würde die Subsidiarität nur besagen, daß die Querel zur Ergänzung der Lücken des formellen Notherbenrechts bestimmt sei. Forscht man jedoch nach, wie jener Schlußsatz entstanden ist, so wird man Anstand nehmen müssen, auf ihn Gewicht zu legen. Wir besitzen die Constitution, aus welcher die l. 4 C. cit. herstammt, vollständiger in Vat. fragm. 282; allein hier behandelt sie, wenn auch die Ausdrücke „immodica liberalitas", „immodica donatio" wiederkehren, nur die Frage der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der ganze vorstehend abgedruckte Schlußsatz fehlt in den Vaticanischen Fragmenten. Es scheint mir gewiß, daß er Zusatz der Compilatoren ist; über seine Entstehung wird sich Folgendes vermuthen lassen. Die von Diocletian gewählten Ausdrücke mußten den Gedanken nahe legen, das Rescript in den Titel de inofficiosis donationibus aufzunehmen: um dasselbe auch sachlich hierzu tauglich zu machen, fügte man den Schlußsatz an.

Jedenfalls muß die Rücksicht auf die Entstehung des Satzes das Urtheil begründen: wenn Justinian das Rescript sagen läßt: „Du bedarfst der Querel nicht," so hat er damit die Frage nicht

---

10) Vergl. Glück 7 S. 179 bei Anm. 71, wo ältere Schriftsteller genannt werden; Schneider, die allg. subsidiären Klagen S. 482 ff. Arndts II S. 650. Vangerow II § 482 unter II z. A. und das in Anm. 8 citirte Erk. des O.-G. zu Wolfenbüttel.

11) Dies wird hervorgehoben bei Windscheid III § 586 Anm. 14.

berührt, ob die Mutter auf Verlangen zur Querel zugelassen werde[12]).

§ 66.

III. Die querella inofficiosae dotis und die Verletzung des Pflichttheils durch lästige Rechtsgeschäfte.

I. Gleich dem bisher betrachteten Anspruche wegen pflichtwidriger Schenkung ist die *querella inofficiosae dotis* eine Nachbildung der Klage aus lieblosem Testament, und auch sie dient zu deren Ergänzung. Auf diese Querel bezieht sich nur Eine Stelle der Justinianischen Rechtssammlung, — die folgende l. un. C. de inoff. dot. 3. 30 von Constantius (a. 358):

Cum omnia bona a matre tua dote dicantur exhausta, concordare legibus promptum est, ut *ad exemplum inofficiosi testamenti* adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur.

Der Text des Gesetzes, wie er jetzt lautet, ist von den Compilatoren aus l. 1 C. Th. eod. 2. 21 (Constantius) und l. 2 eod. (Constantius und Julianus) zusammengesetzt, indem die Bestimmung des Rechtsfalls im Eingang — Bestellung einer Dos für die eigne Ehe Seitens einer Frau, die damit den Pflichttheil ihrer Kinder verletzt, — aus l. 2 cit., der übrige Inhalt der Vorschrift aus l. 1 eod. entnommen ist[1]). — Uebrigens ist die Querel gegen jede den Pflichttheil schmälernde Bestellung einer Dos zu erheben, auch wenn die Dos für die Ehe eines Andern, z. B. Seitens eines Ascendenten für die Ehe eines Descendenten, bestellt ist.

In den materiellen Rechtsgrundsätzen stimmt der Anspruch mit der Querel wegen pflichtwidriger Schenkung überein, es kehren daher die gleichen Fragen wieder, die wir oben in Anwendung auf diese Schenkung erörtert haben. Die zu dem Anspruch berechtigten Personen sind eben die, welche wegen pflichtwidriger Schenkung klagen können. Dabei scheint man eine selbständige Untersuchung darüber, ob die Klage einem nachgebornen Notherben zu gewähren ist, noch nicht angestellt zu haben, und doch dürfte die Be-

---

[12]) Schneider a. a. O. S. 485 legt das „Nichtnöthigsein“ so aus, daß darum die Querel auch nicht zugelassen werde. Auch Arndts a. a. O. Anm. 408 beruft sich für die ohne Einschränkung von ihm behauptete Subsidiarität auf die l. 4 C. cit.

[1]) Näher erörtert bei Glück 7 S. 182 f. Anm. 81.

jahung grade an der l. un. C. cit. einen starken Anhalt finden. Ich führe dies am Schlusse meiner Bemerkungen über die Klage aus.

Weiter erheben sich auf diesem Gebiet die Fragen, ob die Querel absichtliche Verletzung des Pflichttheils fordert[2]), und ob ihr Gegenstand sich auf den Pflichttheil der Notherben beschränkt. Die vorhin bezeichneten spärlichen Aeußerungen der Quellen enthalten überall nichts, was uns bestimmen könnte, hier von den in Anwendung auf die querella inoff. donationis vertheidigten Ansichten abzuweichen.

Auch bezüglich der Lehren, die wir bei der querella inofficiosae donationis im § 65 in's Auge faßten, sind durchweg die dort gewonnenen Ergebnisse festzuhalten. Der Anspruch fällt sonach weg, wenn in der Person des Notherben ein Grund vorliegt, um dessen willen die Ausschließung vom Pflichttheil verdient erscheint, — er erlischt, wenngleich bereits entstanden, durch Verzicht, fünfjährige Verjährung, Versterben des Berechtigten vor erfolgter Vorbereitung; — endlich ist auch unsere Klage eine subsidiäre.

Eben im Hinblick auf die Subsidiarität pflegt man auszuführen, daß die Querel nach dem Recht der jüngsten Kaiserzeit sich in einer Reihe von Anwendungen nicht mehr geltend machen kann, indem hier auf andre Weise für das Interesse der Notherben gesorgt ist. Die bezüglichen Fälle werden von Francke und Mühlenbruch[3]) im Einzelnen erörtert. So wird z. B. hervorgehoben, daß die Querel ausgeschlossen bleibt, wenn die sich wieder verheirathende Mutter ihrem zweiten Ehemann als Dos mehr zugewendet hat, als Demjenigen unter ihren Kindern erster Ehe zukommt, welches von ihr am wenigsten erhält: in diesem Falle sei durch die ohne Weiteres begründete Nichtigkeit des das Maß überschreitenden Theils der Zuwendung genügend für die Notherben gesorgt. Ich sehe von einer Aufzählung dieser Fälle ab: eine bessere Einsicht in das Wesen der Querel, insbesondere in deren subsidiäre Natur, gewähren sie nicht, und an sich sind sie den einzelnen Lehren zu überlassen, aus denen man sie herbeigezogen hat. Nur insoweit werden im Folgenden einige derselben berührt, als sie für die Erläuterung der vorhin mitgetheilten l. un. C. de inoff. dot. 3. 30 Bedeutung haben. Auf

---

[2]) Glück a. a. O. S. 189.

[3]) Francke S. 538—540 (wo übrigens nur bemerkt wird, die Klage sei in den bezeichneten Fällen nicht mehr nothwendig). Mühlenbruch S. 131—133.

diese Stelle gehe ich jetzt ein, da ihre Betrachtung für die Beantwortung der oben ausgesetzten Frage nach der Zulassung nachgeborner Notherben zur Querel von Bedeutung ist.

Eine ältere Meinung, deren Vertreter bei Glück (S. 184) angegeben sind, wollte die l. un. C. cit. von einer Mutter verstehen, die ihr ganzes Vermögen dem zweiten Ehemann zum Nachtheil der Kinder erster Ehe als Dos mit der Bestimmung zuwendete, daß er dasselbe nach ihrem Tode behalten sollte. Die dafür beigebrachten Gründe waren ohne Gewicht. Denn der Inhalt der l. 2 C. Th. de inoff. dot. 2. 21, der zur Erläuterung der l. un. C. cit. dienen sollte, ist mit dieser (abgesehen von den durch die Compilatoren entlehnten einleitenden Worten) nicht verwandt. Und wenn man gegen die Beziehung auf die von der Frau dem ersten Manne unter gleicher vertragsmäßiger Bestimmung bestellte Dos geltend machte, daß die in dieser Ehe erzeugten Kinder ja ohnehin den Vater beerbten, so kann begreiflich diese Thatsache gegenüber der Erbberechtigung am mütterlichen Nachlaß nicht in Betracht kommen. Umgekehrt erscheint die Beziehung auf die dem zweiten Ehegatten in der angegebenen Weise bestellte Dos vom Standpunkt des Justinianischen Rechts bestimmt ausgeschlossen. Hier steht bei Berücksichtigung der Subsidiarität der Querel der schon oben berührte Satz im Wege, daß der zur zweiten Ehe Schreitende dem zweiten Ehegatten nicht mehr zuwenden kann — die Wittwe namentlich auch nicht als Dos —, als das am geringsten bedachte Kind erster Ehe von ihm erhält, mit Ausnahme von Kindern, die sich eines Enterbungsgrundes schuldig gemacht haben[4]). Jede dieses Maß überschreitende Zuwendung ist nichtig[5]). Sind also auf diesem Wege die Kinder erster Ehe gegen eine auf den Titel der Dos erfolgende, ihren Pflichttheil beeinträchtigende Zuwendung der Mutter an den zweiten Ehegatten vollkommen gesichert — wirksamer sogar, als es durch die Querel geschehen kann —, so ist diese damit ausgeschlossen[6]). Man wird nicht sagen wollen, daß man bei der Auslegung der von Constantius herrührenden l. un. C. cit. von jener mit Leo und Anthemius be-

---

[4]) Dafür an Gesetzen, die für die Auslegung der l. un. C. cit. erheblich sind, l. 6 pr. C. de sec. nupt. 5. 9 (Leo und Anthemius, 478). l. 9 pr. C. eod. (Justinian, 529.) l. 10 C. eod. (Justinian, 529).

[5]) l. 6 pr. in f. C. cit.

[6]) Vergl. das oben im Text hinter Anm. 3 Gesagte.

ginnenden, daher jüngeren Rechtsentwicklung (Anm. 4) absehen könne: denn abgesehen davon, daß in Justinian's Rechtssammlung alle in Frage stehenden Constitutionen neben einander gestellt sind, ist an die obige Bemerkung zu erinnern, daß die einleitenden Worte der l. un. C. cit., welche allein die Beziehung der Stelle auf die von der Mutter des Notherben für ihre eigne Ehe bestellte Dos herstellen, erst von den Compilatoren eingerückt sind.

Es bleibt hiernach nur übrig, daß man die l. un. C. cit. auf die Bestellung einer Dos Seitens der Mutter für eben die Ehe bezieht, aus welcher die pflichttheilsberechtigten Kinder stammen. Dabei konnte mit dem Tode der Frau nach dem Recht vor der l. un. § 6 C. de rei uxor. act. 5. 13 eine Verletzung des Pflichttheils der Kinder eintreten, ohne daß es eines Vertrags bedurfte, auf Grund dessen der Mann die Dos zu behalten hatte; seit der l. un. § 6 C. cit. hat man einen solchen Vertrag hinzuzudenken[7]). Ist nun aber der Fall, auf welchen die Worte der l. un. § 6 C. cit. an erster Stelle hinweisen, in solcher Weise zu bestimmen, so kann man nicht umhin, die Querel auch den nachgebornen Notherben des Bestellers der Dos zu verleihen. Denn unmöglich läßt sich vom Gebiet der allgemein lautenden l. un. C. cit. der Fall ausschließen, wenn die Frau die übermäßige Dos bei Eingehung der Ehe, damit zu einer Zeit bestellt, wo Kinder aus dieser Ehe, die sich doch eben der Querel zu bedienen haben, noch nicht am Leben sind. Daß grade in dem hier vorausgesetzten Falle, wo die Frau sich bei Eingehung der Ehe ihres Vermögens ganz oder zum größten Theil beraubt, das von mir behauptete Erforderniß willentlicher Kränkung des Pflichttheilsanspruchs der nachgebornen Kinder vollkommen gegeben ist, habe ich im § 61 unter I g. E. (S. 512) dargelegt.

II. Als eine Anwendung der *querella inofficiosae donationis* stellt sich die Anfechtung eines lästigen Rechtsgeschäfts unter Lebenden dar, in welches eine Schenkung eingeflochten ist. Die Möglichkeit der Anfechtung solcher Geschäfte, soweit sie Schenkungen sind, wird

---

[7]) Daß nach Novellenrecht (Nov. 98 Kap. I. Nov. 127 Kap. III) die Kinder auch einem solchen Vertrage gegenüber anders als durch das Mittel der Querel gesichert sind, interessirt bei unsrer an die l. un. C. de inoff. dot. 3. 30 anknüpfenden Untersuchung nicht. Diesen Punkt behandeln Francke S. 539. Mühlenbruch S. 132 f., — Beide in dem bei Anm. 3 angegebenen Zusammenhange.

in den Quellen nicht speciell erwähnt; auch so aber kann sie nicht bestritten werden. Auch hat sie sowohl in der Theorie Anerkennung gefunden[8]), wie in einer Reihe oberstrichterlicher Entscheidungen der neueren Zeit. Hauptsächlich sind es nach diesen Urtheilen Gutsverkäufe und bäuerliche Gutsabtretungen gewesen, bei denen die Zulässigkeit der Anfechtung wegen Verletzung des Pflichttheils der Kinder zur Anerkennung gekommen ist[9]); als Klage wird in allen Erkenntnissen die querella inofficiosae donationis theils ausdrücklich theils nach dem Inhalt der veröffentlichten Ausführungen vom Gericht in's Auge gefaßt[10]).

Aus der Natur der vorliegenden Veräußerung als eines aus lästigem Rechtsgeschäft und Schenkung gemischten Contracts ergibt sich, was schon oben angedeutet wurde, daß eine Anfechtung (innerhalb der Grenzen des dem Kläger entzogenen Pflichttheils) nur insoweit zulässig ist, als das Geschäft die Bedeutung einer Schenkung hat[11]). Der Umfang der Schenkung ist durch Schätzung von Leistung und Gegenleistung zu ermitteln.

Die oben bei der Darstellung des Rechts der querella inoff.

---

[8]) Francke S. 540—544. Mühlenbruch S. 133—137. Früher stritt man wegen des zur Anwendung zu bringenden Rechtsmittels: die eine Ansicht entschied sich für unsre Querel, eine andre Meinung wollte die Fabiana und Calvisiana analog angewandt wissen. Vergl. die Angaben bei Glück 7 S. 195 f. (Glück selbst folgt noch der zweiten Ansicht).

[9]) So a. Erk. des O.-A.-G. zu Dresden vom 25. Juli 1848, Seuffert 3. 356 (Ueberlassung des elterlichen Anwesens an eins der Kinder). b. Erk. des O.-Trib. zu Stuttgart vom 14. Dec. 1849, Seuffert 4. 137 (Verkauf des Guts mit ausbedungener Pfründe für den Verkäufer). c. Erk. des O.-A.-G. zu Kiel vom 16. Aug. 1854, Seuffert 9. 193 (bäuerliche Gutsabtretung). d. Erk. des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 9./16. Juni 1857, Seuffert 17. 76 (Hofverlaßcontract zwischen Vater und Sohn über die väterlichen Grundstücke mit Inventarien). e. Erk. des O.-A.-G. zu Jena von 1862, Seuffert 23. 152 (hier wird nur von Veräußerungen unter Lebenden gesprochen, welche titulo oneroso geschehen sind).

[10]) Das Erk. in Anm. 9 unter e (Jena) spricht von der querella inofficiosi testamenti, — offenbar in Folge eines Druckfehlers. — Das Erk. unter a (Dresden) ist nach meinem Dafürhalten im Unrecht, wenn es das Bewußtsein des Veräußerers vom Mehrwerth des Kaufgegenstandes, damit die Absicht, den Käufer zu begünstigen, für unwesentlich erklärt. Das Urtheil zweiter Instanz hatte dieses subjective Erforderniß entsprechend dem Wesen der Schenkung mit Recht betont.

[11]) So Kiel und Wolfenbüttel, Anm. 9 unter c. und d. Hierin stimmt auch überein das Erk. des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 5. Januar 1842 Seuffert 4. 138.

donationis entwickelten einzelnen Grundsätze sind ohne Bedenken auf die vorliegende Anwendung zu übertragen. Insbesondere ist auch hier zu sagen, daß ein Anspruch des Notherben nur stattfindet, wenn dessen Pflichttheil zur Zeit des Vertragsschlusses verletzt wurde, auch der Pflichttheil demnächst nicht voll aus der Erbschaft — bei Zurechnung des unentgeltlich weggegebenen Vermögenswerths — gewährt wird.

Fünfter Theil: **Die anomalen Pflichttheilsrechte des arrogirten Unmündigen und der armen Wittwe.**

§ 67.

A. **Pflichttheilsberechtigung des arrogirten Unmündigen** *).

Die nach früherem Recht unzulässige Arrogation eines Unmündigen (impubes) wurde durch eine Constitution von Pius unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärt[1]). Als Folge aber wurde an sie eine eigenthümliche Pflichttheilsberechtigung des Arrogirten geknüpft, — der Anspruch auf die s. g. *quarta Divi Pii*. Der Arrogirte hat danach den vierten Theil vom Vermögen des Arrogator zu fordern, bemessen nach dem bei dessen Tode vorhandenen Bestande. Dieser Anspruch ist durch Enterbung überall nicht, durch Emancipation nur dann zu entziehen, wenn diese aus gerechtem, vom Richter nach zuvoriger Prüfung gebilligtem Grunde erfolgt. So § 3 J. de adopt. 1. 11:

Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur —. sed *et si decedens pater eum*

---

*) Francke S. 470—481. Vangerow I § 252 Anm. Sintenis III § 139 unter I. 2. b. Arndts II S. 641. 642. Köppen, Syst. I S. 133—137. Syst. des heutigen röm. Erbrechts im Grundriß § 89. Windscheid III § 593 verbunden mit § 574 unter 2.

[1]) Gaj. I. 102 verb. mit 101. Ulp. 8. 5. — Vergl. dann wegen der hier nicht zu erörternden Voraussetzungen § 3 J. de adopt. 1. 11. l. 18—20 D. eod. 1. 7. Vangerow a. a. O. im Eing. — Wenn Kuntze, Curs. § 753 die dem Arrogirenden obliegende Sicherheitsleistung auf die Quart ausdehnt, so ist das bestimmt ungerechtfertigt. Den Grund, um dessen willen eine solche Ausdehnung nicht erfolgt ist (l. 4 C. de inut. stip. 8. 39), hat schon *Schrader* ad § 3 J. cit. verb. jubetur hervorgehoben. Vergl. auch Francke S. 471.

exheredaverit vel vivus sine justa causa eum emancipaverit, jubetur *quartam partem* ei suorum bonorum relinquere[2]) —.

Jene Fälle der Enterbung wie der Emancipation sind etwas näher zu betrachten. Francke hat gemeint (S. 474), nur der willkürlich Enterbte, nicht aber der, welcher die Enterbung durch schlechtes Betragen verdient habe, könne die Quart fordern. Dem tritt mit Recht die heutige Wissenschaft entgegen[3]). Schon die Fassung des § 3 J. cit. ist klar genug: die Stelle verlangt den Mangel einer justa causa nur bei der Emancipation; im Fall der Enterbung wird das Recht auf den vierten Theil des Vermögens schlechthin gewährt. Zur Bestätigung dient Paul. l. 13 pr. D. si quid in fraud. 38. 5: Constitutione divi Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius qui adoptavit fuerunt, pars quarta ad eum pertineat qui adoptatus est —: si causa cognita emancipatus fuerit, quartam perdit. —

Auch hier wird Entziehung der Quart einzig in dem Falle gestattet, wenn der Unmündige aus einem für zulänglich befundenen Grunde aus der Gewalt entlassen wird. Der leitende Gedanke ist klar genug. Die Arrogation des Unmündigen ist in dessen Interesse möglichst mit sichernden Vorschriften umgeben: dahin gehört auch, daß die ihm nun gewährte Pflichttheilsberechtigung nicht soll verkürzt werden können, so lange das Gewaltverhältniß besteht, demnach nicht durch Enterbung. Glaubt der Adoptivvater, daß der Arrogirte des Erwerbs eines Theils seines Nachlasses unwerth sei, so muß er die geknüpften Familienbande lösen, nachdem er dem Richter das Vorhandensein eines zureichenden Grundes nachgewiesen hat.

Auch der Emancipation gegenüber wird dem Kinde der Anspruch auf die Quart allgemein — bei testamentarischer wie gesetzlicher Erbfolge — zugestanden[4]). Grade hier bedurfte es vor Allem einer Anordnung des Rechts, da die Emancipation nicht blos das Kindesverhältniß, sondern jede verwandtschaftliche Beziehung, damit auch jede Erbberechtigung gegenüber dem arrogirenden Vater zerstört.

---

[2]) Vergl. dazu l. 13 pr. D. si quid in fraud. 38. 5. l. 2 C. de adopt. 8. 48.

[3]) Vangerow a. a. O. unter 1. Sintenis a. a. O. unter 1 (S. 115 der 1. Ausg.). Arndts S. 643. Köppen, Grundriß S. 84. Windscheid § 593 Anm. 4.

[4]) § 4 J. cit. l. 2 C. de adopt. 8. 48.

Ich gehe über zur Bestimmung des Pflichttheils. Wenn dieser von Pius auf ein Viertel des beim Tode des Arrogirenden vorhandenen Vermögens festgesetzt wurde[5]), so mußte damit zur classischen Zeit — das hat man oft genug bemerkt — in der Mehrzahl der Fälle der wirkliche Pflichttheil des jus commune getroffen werden. Denn da beim Arrogirenden der Regel nach ein Alter von 60 Jahren und Kinderlosigkeit gefordert, auch dem Einzelnen nur eine einmalige Arrogation gestattet wird, so wird das arrogirte Kind meist der einzige gesetzliche Erbe sein. Trotzdem ist jene Festsetzung des Pflichttheils eine selbständige Bestimmung des Rechts. Weil ein für alle Mal auf den von Pius vorgeschriebenen Vermögenstheil bemessen, kann die Quart nicht Theil des gesetzlichen Erbtheils sein, wie sie denn auch beim gänzlichen Mangel gesetzlicher Erbberechtigung — im Fall der Emancipation — zu beanspruchen ist[6]). Ebensowenig hat dieser Pflichttheil durch die Nov. 18 eine Veränderung erfahren[7]).

Die Natur der in Rede stehenden Berechtigung liegt in den Quellen bestimmt ausgesprochen vor: die Quart ist kein Erbtheil[8]), sondern ein persönlicher Anspruch an die Erben des Arrogator[9]), sie wird kraft gesetzlichen Vermächtnisses gefordert. Immerhin ist es ein Bruchtheil des Vermögens, der dem Arrogirten gebührt; daher wird zur Auseinandersetzung mit den Erben die Erbtheilungsklage (utiliter) verliehen[10]). Die Forderung entsteht, dies zeigt die Natur des Anspruchs als einer Vermächtnißforderung, erst mit dem Tode des Arrogirenden, der deshalb vom Kinde erlebt sein muß[11]); trifft diese Voraussetzung zu, so ist der Uebergang auf die Erben des Arrogirten

---

5) l. 13 pr. cit. und die Stellen der vorigen Anm.

6) Francke S. 472.

7) Dafür hat man mit Recht auf Nov. 18 Kap. I a. E. verwiesen: — Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio *antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.*

8) Ulp. l. 2 § 1 D. fam. erc. 10. 2: — quia hic neque heres neque bonorum possessor fit —.

9) Ulp. l. 1 § 21 D. de collat. 37. 6: — quaestio in eo est, an heredi suo relinquat *quartae actionem* an non. et magis est, ut ad heredem transferat, *quia personalis actio est* —. l. 8 § 15 D. de inoff. 5. 2.

10) l. 2 § 1 D. cit.: — utile erit familiae erciscundae judicium necessarium.

11) Ueber eine ältere, noch von Glück (VII S. 26) getheilte Ansicht, daß der Arrogirte schon bei Lebzeiten des Arrogator ein Recht auf die Quart erworben habe, Francke S. 478 f.

gesichert[12]). Da jede Verwandtschaft des bei Nichthinterlassung der Quart eintretenden Anspruchs mit der querella inofficiosi testamenti fehlt, so kommt nicht die fünfjährige Verjährungsfrist der Querel, sondern die gewöhnliche Frist von 30 Jahren zur Anwendung.

Noch ist für die Bestimmung des Wesens dieser eigenthümlichen Pflichttheilsberechtigung deren Verhältniß zum gemeinen Notherbenrecht anzugeben. Noch Francke[13]) folgt der Ansicht älterer Schriftsteller, wonach der arrogirte Unmündige notherbrechtlichen Schutz lediglich in der ihm durch Pius zugewiesenen Quart finden, daher weder am formellen Notherbenrecht Theil haben, noch zur querella inofficiosi testamenti gelangen sollte. Diese Ansicht scheint in der heutigen Theorie, vornehmlich in Folge des Angriffs von Vangerow[14]), völlig aufgegeben zu sein. Ohne Zweifel widerspricht sie, wie Vangerow betont, dem Geiste der Verordnung von Pius: diese will den Unmündigen günstiger stellen, und doch wäre seine Lage bei Versagung der im gemeinen Notherbenrecht gegebenen Hülfe weit weniger vortheilhaft, als die anderer Notherben.

Auch aus anderen Gründen aber ist jene Meinung zu verwerfen. Zunächst am formellen Notherbenrecht ist dem arrogirten Unmündigen die Theilnahme schon darum nicht zu versagen, weil die Quellen darüber schweigen: mit Rücksicht hierauf muß seine Eigenschaft als suus heres den Ausschlag geben[15]). — Die Querel wird einem solchen Unmündigen durch die in l. 8 § 15 D. de inoff. 5. 2 abgeschnitten[16]): immer aber darf auf diese hier näher zu betrachtende

---

[12]) l. 22 pr. D. de adopt. 1. 7. l. 1 § 21 D. de collat. 37. 6.

[13]) A. a. O. S. 476—478.

[14]) A. a. O. unter 2. Zustimmend die in Anm. 3 genannten Schriftsteller.

[15]) Ist er emancipirt, so bleibt er freilich, weil nicht zu den liberi gehörig, von der contra tabulas b. p. ausgeschlossen. Eben für diesen Fall aber wird auch das Recht auf die Quart besonders in den Quellen betont (Anm. 4.).

[16]) Mit Rücksicht auf die Ausführungen im Text setze ich die l. 8 § 15 cit. (Ulp.) hieher: Si quis impubes adrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto *removendum* a querella, cum habeat quartam ex constitutione divi Pii . quod si egit nec optinuit, an quartam perdat? et puto *aut non admittendum ad inofficiosum,* aut si admittatur, etsi non optinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam. Beiläufig: indem der Jurist von einem „removere a querella", einem „non admittere ad inofficiosum" und nicht von einem „denegare actionem" spricht, weist er deutlich auf das Verfahren mit legis actio hin. Hier begegnet uns also jedenfalls für Ulpian's Zeit ein Nichtzulassen des lege agere, wie es von

Stelle nicht (mit Francke S. 474 ff.) der Satz gebaut werden, daß der Unmündige lediglich darauf angewiesen wäre, seine Quart vom eingesetzten Erben einzuklagen. Vielmehr wird sich zeigen, daß in einer gewissen, wenn auch sehr kurzen Periode selbst eine Querel des Unmündigen möglich war. Ohne Zweifel hat Ulpian einen Arrogirten im Auge, der vom neuen Gewalthaber wieder emancipirt ist[17]). Darauf weist schon die äußere Fassung hin (— ex his personis, quae et citra adoptionem *et emancipationem* queri de inofficioso possunt —); mit voller Sicherheit aber ergibt es sich aus dem Thatbestande. Ulpian bespricht die Arrogation eines unmündigen leiblichen Descendenten, der auch abgesehen von aller Arrogation zur Querel berechtigt sein würde: das kann nur zu dem Zweck geschehen, um für die Zeit nach der Emancipation das Verhältniß dieses Querelrechts zum Anspruch auf die Quart zu bestimmen. Denn so lange der Arrogirte in der neuen Familie bleibt, hat er (abgesehen von der Einwirkung des Anspruchs auf die Quart) die Querel schon vermöge der Arrogation. — Wenn dann bemerkt wird, die Querel sei zu versagen, weil der Unmündige die Quart schon kraft der Constitution von Pius habe, so wird damit als Grund die subsidiäre Natur der Querel betont: diese gewährte ja zu Ulpian's Zeit nur ein Viertel des gesetzlichen Erbtheils, also nicht mehr als jene Quart. Eben um jener Begründung willen aber muß das Gleiche von jedem arrogirten Unmündigen gelten, der bis zum Tode des Gewalthabers in dessen Gewalt verblieben war.

Nun schuf die Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18 ($^1/_3$ oder $^1/_2$ des gesetzlichen Erbtheils) die Möglichkeit, daß der dem Arrogirten zukommende regelmäßige descendentische Erbtheil mehr betrug, als die Quart. Wie hat man sich hier, abgesehen von der Nov. 115, das Verhältniß der beiden Systeme des Notherbenrechts zu denken? Auf keinen Fall konnte nach Inhalt der l. 8 § 15 cit. wie nach der Natur der Sache gleichzeitig die Quart und der regelmäßige descendentische Pflichttheil beansprucht werden. Auch das war schlechterdings ausgeschlossen, daß zunächst mit der entsprechenden

Karlowa, d. röm. Civ.-Proc. z. Zeit der Legisactionen S. 342—344 angenommen wird. Sollte das in der Zeit vor der lex Aebutia anders gewesen sein?

[17]) Das hebt Vangerow § 252 Anm. unter 2 mit Recht hervor; er geht nur darin zu weit, daß er der Entscheidung ausschließlich für diesen Fall Bedeutung beilegt. Vergl. dagegen Arndts S. 642. Windscheid § 593 Anm. 5.

Forderungsklage die Quart eingefordert, dann wegen des Restes die Querel erhoben wurde. Denn klagte der Unmündige vor durchgeführter Querel die Quart gegen den Testamentserben ein [18]), so hatte er damit das Testament anerkannt, folgeweise die Querel verloren. Umgekehrt war nach durchgeführter Querel vom Kläger ohne Weiteres der gesetzliche Erbtheil erworben, damit aber in dem vorausgesetzten Falle eines die Quart übersteigenden Pflichttheils die Verfolgung des Rechts auf die Quart ausgeschlossen. Sonach hatte der Unmündige in einem solchen Falle nur die Wahl zwischen beiden Ansprüchen.

Uebrigens hat die erörterte Frage nach dem Concurrenzverhältniß zwischen Querel und Quart keine Bedeutung für Diejenigen, welche mit uns der Meinung sind, daß das dem Notherben bei unterbliebener Erbeseinsetzung nach der Nov. 115 zur Seite stehende Rechtsmittel nicht die Querel ist. Dagegen kehrt eine durchaus ähnliche Frage vom Standpunkt des Rechts der Novelle für die von uns später zu vertheidigende Annahme einer Rescissibilität (s. g. relativen Nullität) der Erbeseinsetzung wieder. Und auch hier ist zu sagen, daß der arrogirte Unmündige sich frei darüber entscheiden kann, je nachdem es seinem Interesse entspricht, ob er mit Beseitigung der Erbeseinsetzung den gesetzlichen Kindeserbtheil in Anspruch nehmen oder die Erbeseinsetzung bestehen lassen und den Anspruch auf die Quart gegen die Testamentserben durchführen will. Liegt dagegen eine zwar der Einsetzungsvorschrift der Novelle genügende, im Uebrigen aber unzulängliche Erbeseinsetzung vor, so hat der Notherbe die Ergänzungsklage, mit der er je nach Lage des Falls die Erfüllung der Quart oder des höheren descendentischen Pflichttheils beanspruchen mag [19]).

Gründe, welche im einzelnen Fall den bisher erörterten Anspruch auf die Quart nicht entstehen lassen, sind die Emancipation aus einem zulänglichen, richterlich gebilligten Grunde und der Eintritt der Pubertät des Arrogirten. Von jenem ersten Grunde, den schon die Constitution von Pius selbst berücksichtigt, ist

---

[18]) Arg. l. 23 § 1. l. 32 § 1 D. de inoff. 5. 2.

[19]) Den hier ausgesprochenen Grundsatz einer Concurrenz der dem gemeinen Notherbenrecht entsprechenden Rechtsbehelfe mit dem Anspruch auf die Quart vertheidigen Vangerow a. a. O. Anm. 2. Sintenis a. a. O. Anm. 45. Arndts S. 642 f. Windscheid III § 593 Anm. 5. A. M. Köppen, Grundriß S. 85.

früher die Rede gewesen[20]). Der andre Satz, daß die Aussicht auf die Quart erlischt, wenn der Arrogirte bei fortdauerndem Gewaltverhältniß mündig wird (pubes), hat zwar bei Francke Widerspruch gefunden[21]), er ist aber trotzdem festzuhalten. Schon oben wurde betont, daß der vorliegende Pflichttheilsanspruch erst mit dem Tode des arrogirenden Vaters entsteht: hat nun der Arrogirte vor diesem Zeitpunkt die Mündigkeit erreicht, so können die auf der Constitution des Pius beruhenden singulären Vortheile nicht mehr für ihn begründet werden; denn seine Lage ist nun keine andre, als die eines arrogirten Mündigen[22]).

Die Pflichttheilsberechtigung des arrogirten Unmündigen wird schon nach classischem Recht gegenüber den zu ihrer Verkürzung vom arrogirenden Vater ausgeführten Veräußerungen durch Uebertragung der zu Gunsten des patronatischen Pflichttheils im Edict aufgestellten Klagen — durch eine actio Fabiana und Calvisiana utilis — geschützt[23]). Es ist auch darin eine singuläre Begünstigung des in der Unmündigkeit Arrogirten zu finden: denn dem parens manumissor werden die gleichen Rechtsmittel ausdrücklich versagt nach Gaj. l. 2 D. si a parente 37. 12:

> Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Fabiana aut Calvisiana actio ei detur, *quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem*[24]).

Auf diese Rechtsmittel ist hier nicht ausführlicher einzugehen[25]); nur die Grundzüge, bei denen ich vorerst von den actiones directae des Patrons rede, sollen hier nach Schmidt's Darstellung angegeben werden.

---

[20]) § 3 J. de adopt. 1. 11. l. 13 pr. D. si quid in fraud. 38. 5. — Ueber die Behandlung des eignen Vermögens des Arrogirten und des von diesem in der Zeit des bestehenden Gewaltverhältnisses gemachten Erwerbs vergl. § 3 J. de adopt. 1. 11.

[21]) A. a. O. S. 473.

[22]) So Vangerow a. a. O. unter 3. Sintenis Anm. 48. Windscheid § 574 Anm. 11.

[23]) Paul. l. 13 D. si quid in fraud. 38. 5: — si quid itaque in fraudem ejus alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Fabianam actionem revocandum est.

[24]) Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 153. — Danach bedarf der Berichtigung das bei Köppen, Grundriß S. 48 Gesagte.

[25]) Ich verweise wegen des Weiteren auf die Darstellung von Schmidt a. a. O. 93—124.

Erforderlich ist zur Begründung der einen wie der andern Klage ein Handeln des Freigelassenen zur Schmälerung des dem Patron gebührenden Pflichttheils [26]), damit eine Vermehrung des fremden Vermögens durch Verminderung des eignen [27]). Unter den in den Quellen dargebotenen Anwendungen tritt neben der Schenkung unter Lebenden [28]) und solchen lästigen Veräußerungsgeschäften, in welche eine Schenkung hineingezogen ist [29]), abweichend vom Recht der querella inofficiosae donationis auch die Schenkung auf Todesfall auf [30]). Die beschriebene Handlung muß vom Freigelassenen ausgeführt sein in der Absicht, den Pflichttheil des Patrons zu kürzen [31]), sie muß auch den Erfolg herbeiführen, daß der volle Pflichttheil, berechnet nach dem Vermögensbestande vor der Veräußerung, nicht mehr in den Händen des Veräußerers zurückbleibt [32]). Wächst dann nicht noch bis zum Tode des Freigelassenen das Vermögen dergestalt, daß aus demselben der angegebene Pflichttheil und die Pflichttheilsquote vom Zuwachs gewährt werden kann [33]), so entsteht mit dem Zeitpunkt des Todes die Rückforderung zu Gunsten des Patrons oder seiner im concreten Fall zur Erbfolge gelangenden Kinder [34]), — die actio Fabiana bei testamentarischer, die actio Calvisiana bei gesetzlicher Erbfolge [35]). Auch so jedoch ist noch Bedingung des Anspruchs im ersten Fall, daß der Patron (wenn nicht zum Universalerben eingesetzt) die bon. poss. contra tabulas erbittet, im zweiten, daß er den Erbschaftsantritt erklärt [36]). Beklagter ist,

---

[26]) l. 1 pr. § 3 D. si quid in fraud. 38. 5.

[27]) l. 1 § 6. 7 l. 10 D. eod.

[28]) Vergl. z. B. l. 5 pr. l. 6 D. eod.

[29]) l. 1 § 9. 12. 13 D. eod.

[30]) l. § 1. 2. 11. l. 3 pr. D. eod. Vergl. die ausführliche Darstellung bei Schmidt S. 100—105; insbesondere darüber, ob die Klagen auch gegen Vermächtnißnehmer zustehen, dens. S. 102 f. Anm. 20.

[31]) l. 1 pr. § 4. l. 3 § 3 l. 4. pr. D. eod.

[32]) l. 3 § 5 D. eod.

[33]) Denn immer gilt auch hier der Satz, daß der Pflichttheil beim Tode geschuldet wird; nur hat der Umstand, daß die unter Lebenden ausgeführte Veräußerung zur Zeit ihrer Vollziehung den Pflichttheil schmälert, die Folge, daß der veräußerte Vermögenswerth jedenfalls zum Vermögen hinzugerechnet wird.

[34]) Paul. III. 3. l. 1 § 7 D. si quid in fraud. 38. 5. — Art der Theilung: l. 3 § 4. l. 4 § 1 D. eod.

[35]) l. 3 § 2. 3 D. eod.

[36]) l. 3 pr. § 2. 3 D. eod.

wem die bereichernde Zuwendung durch das den Pflichttheil verletzende Rechtsgeschäft gemacht ist [37]); dabei bleibt unberücksichtigt, ob derselbe um die auf die Verletzung gerichtete Absicht des Veräußerers gewußt hat [38]). Um dieses letzteren Umstands willen beschränkt sich seine Haftung auf die Bereicherung [39]), — mit Einschluß der von ihm gezogenen Früchte [40]). Im Uebrigen finden die Klagen ihre Grenze in dem am Pflichttheil des Patrons fehlenden Betrage [41]). Beide Klagen gehen activ wie passiv auf die Erben über und unterliegen der regelmäßigen Verjährung [42]).

Die hier angegebenen Grundsätze sind auf die dem arrogirten Unmündigen utiliter verliehenen Ansprüche ohne Bedenken zu übertragen; nur kann Erwerb der Erbschaft des Arrogirenden durch den Unmündigen nicht gefordert werden, da die Quart des Unmündigen die Bedeutung eines Erbtheils nicht hat.

§ 68.

B. Das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe*).

I. Durch Justinian ist der nicht dotirten, auch sonst bedürftigen Wittwe des vermögenden Erblassers eine gesetzliche Erbberechtigung verliehen, welche die Wittwe aus der hinter allen Verwandten stehenden prätorischen Erbclasse Unde vir et uxor heraushebt und allen im einzelnen Fall gerufenen Erben an die Seite stellt. Die arme Wittwe erhält den vierten Theil der Erbschaft, neben drei oder mehreren Kindern des Erblassers nur einen Kopftheil, auf keinen Fall aber mehr als 100 Pfund Gold: wird sie neben eignen Kindern aus der Ehe mit dem Erblasser gerufen, so erhält sie an dem bezeichneten Vermögenstheile nur den Nießbrauch, während die Proprietät diesen Kindern zufällt [1]).

---

37) l. 1 § 16. 19. 20. l. 5 pr. l. 12 D. eod. Das Einzelne bei Schmidt S. 114 Anm. 54.

38) l. 1 § 4. 12. 24 D. eod.

39) l. 10 D. eod.

40) l. 1 § 28. l. 2 D. eod. l. 38 § 4 D. de usur. 22. 1.

41) l. 1 § 11 D. si quid in fraud. 38. 5. l. 1 C. eod. 6. 5. l. 6 D. de probat. 22. 3.

42) l. 1 § 26 l. 3 § 1 D. si quid in fraud. 38. 5.

*) Francke S. 481 f. Vangerow II § 488. Windscheid § 593, verbunden mit § 574 Num. 1. Vergl. auch Arndts, civ. Schriften II S. 61—63 und S. 641. Schirmer, Handb. I S. 233—244.

1) Nov. 53 Kap. VI. Nov. 117 Kap. V.

Auf die mannigfachen Streitfragen, welche an diese gesetzliche Erbberechtigung der armen Wittwe anknüpfen, gehe ich nicht ein; unter ihnen allen ist nur die eine für die folgende Erörterung erheblich, ob die arme Wittwe Erbin ihres Mannes wird, oder ob sie rechtlich als Vermächtnißnehmerin anzusehen ist. Hiervon ist indessen bereits im § 37 unter II (S. 284 ff.) gehandelt, die dort vertheidigten Sätze sind daher an gegenwärtiger Stelle lediglich zu wiederholen. Die Wittwe ist Intestaterbin, wenn sie den ihr zugewiesenen Bruchtheil des Vermögens zu vollem Recht erhält, — sie ist gesetzliche Vermächtnißnehmerin, wenn ihr nur der Nießbrauch dieses Theils zukommt[2]). Zu diesem einen, dem Gebiet der reinen gesetzlichen Erbfolge angehörigen Falle eines Erwerbs auf den Titel des Vermächtnisses gesellt sich ein zweiter, der uns zum Pflichttheilsrecht hinüberführt. Nach Festsetzung der der Wittwe gebührenden Erbquote bestimmt die in diesem Punkte nicht abgeänderte Nov. 53 Kap. VI:

— si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir, minus autem quarta parte, compleri hoc —.

Damit hat der Gesetzgeber unzweideutig zu erkennen gegeben, daß der Erbanspruch der Wittwe durch den letzten Willen des Ehemanns nicht soll verkürzt werden können, daß er eine wahre Pflichttheilsberechtigung darstellt. Von diesem einen Fall, wo das Testament eine unzulängliche Vermächtnißverfügung (oder, was dem gleich, Erbeseinsetzung) zu Gunsten der Wittwe enthält, wird mit Recht auf den andern geschlossen, wo diese ganz im Testament übergangen ist. Auch hier hat dieselbe entgegen dem letzten Willen den ihr nach Novellenrecht gebührenden Theil des Vermögens, beziehungsweise den Nießbrauch an demselben zu beanspruchen.

Von Bedeutung sind dabei die Fragen, wie die von der Wittwe vermöge der Pflichttheilsberechtigung zu beanspruchenden Bezüge juristisch zu bestimmen und mit welchen Rechtsmitteln dieselben in Anspruch zu nehmen sind. Völlige Uebereinstimmung

[2]) Von dem Falle, wo die Wittwe die feste Summe von hundert Pfund Goldes bezieht, wird man so zu denken haben. Justinian will damit nur ein höchstes Maß für die Berechtigung der Wittwe festsetzen; an ihrem Rechtsverhältniß zur Erbschaft will er nichts ändern. Daher wird man auch hier die Wittwe als Erbin (ex re certa) behandeln müssen, wenn sie die Proprietät erhält, — als Vermächtnißnehmerin dagegen, wenn sie auf den Nießbrauch beschränkt ist.

herrscht hier selbst unter den Rechtslehrern nicht, welche gleich uns als Regel wirkliche Erbberechtigung der Wittwe annehmen. Ich will zunächst von einigen Vertretern dieser Ansicht sprechen und in Verbindung damit die eigne Ansicht ausführen. An zweiter Stelle gehe ich auf die Meinung über, welche den Anspruch der Wittwe durchweg unter den Begriff des gesetzlichen Vermächtnisses zieht.

Francke behandelt zwar die arme Wittwe mit Bestimmtheit als Erbin; dabei aber äußert er (S. 482), sie habe kein Recht auf Erbeseinsetzung, eben so wenig stehe ihr die *inofficiosi querella* zu; vielmehr sei sie stets, es möge ihr Nichts oder nicht der volle (gebührende) Betrag hinterlassen sein, auf eine persönliche Klage aus Nov. 53 gegen die Erben des Mannes beschränkt. Rücksichtlich dieser Klage wird dann unterschieden: ist die Frau auf einen zu geringen Erbtheil eingesetzt oder ist ihr zu wenig vermacht, so hat ihr Anspruch die Natur der Ergänzungsklage; ist ihr Nichts hinterlassen, so wird man die Analogie der dem unmündig Arrogirten in Anwendung auf die quarta D. Pii zustehenden Klage zu befolgen haben. — Im Wesentlichen übereinstimmend urtheilt Arndts. Zwar wo der Frau etwas vom Manne im Wege des Vermächtnisses zugewendet ist, stehen seine Bemerkungen, wenn ich sie recht verstehe, nicht unter einander im Einklang. An einer Stelle meint er (S. 62 bei Anm. 178): sei die Wittwe auf solchem Wege nicht völlig abgefunden, mache sie daher ihren Erbanspruch geltend, so sei sie als wahre Erbin anzusehen; — in anderm Zusammenhange aber unterscheidet er, mit Verweisung auf die oben abgedruckte Vorschrift von Nov. 53 Kap. VI: tritt nach dieser Ergänzung ein, so sollen die Bestimmungen über die Ergänzungsklage analog angewandt werden; wo der Wittwe Nichts hinterlassen ist, wird die Auffassung von Francke gebilligt. Endlich Schirmer, der der Wittwe die Erbeseigenschaft nur in den zwei Ausnahmsfällen versagt, wo ihr der volle gebührende Erbtheil in Gestalt eines Vermächtnisses vom Manne hinterlassen ist, und wo sie durch die miterbenden eignen Kinder auf den Nießbrauch ihres Antheils beschränkt wird (S. 240 f.), äußert sich so: die bei unzureichender Hinterlassung eingreifende Ergänzungsklage soll nicht als condictio ex lege gefaßt werden; vielmehr soll man, da eine eigne Klage Behufs der Ergänzung nicht in Nov. 53 Kap. VI gegeben werde, auf die der Wittwe zur Verfolgung ihres Successionsanspruchs überhaupt zustehenden Rechtsmittel, namentlich auf die *hereditatis petitio*, angewiesen sein

(Anm. 16). Von dem Falle, wo die Wittwe gar nicht bedacht ist, spricht Schirmer nicht; doch wird man in seinem Sinne auch hier die hereditatis petitio als Rechtsmittel zu ertheilen haben.

Ich vermag mich keiner der hier dargestellten Auffassungsweisen vollständig anzuschließen. An der Unterscheidung zwischen unzulänglichem Bedenken und gänzlichem Nichtbedenken der Wittwe ist bestimmt festzuhalten. Im ersten Fall scheint mir in der That die Ergänzungsklage der l. 30 C. de inoff. test. 3. 28 das vom Recht zur Verfügung gestellte Rechtsmittel zu sein. Die Klage findet in gleicher Weise statt, mag der Notherbe Anspruch auf Erbeseinsetzung haben [3]) oder nicht [4]). Bei ihr ist auch nicht zu unterscheiden, ob die im Testament angeordnete ungenügende Verfügung in einem Erbtheil oder einem Vermächtniß besteht [5]). Es ist daher gewiß ungerechtfertigt, wenn Schirmer als das zur Erzielung der Ergänzung dienende Rechtsmittel die hereditatis petitio bezeichnet. Daß Nov. 53 Kap. VI eine neue Klage Zwecks der Ergänzung nicht verleiht, ist kein Grund für jene Annahme. Die l. 30 pr. C. cit. hat die Ergänzungsklage für alle Pflichttheilsberechtigten eingeführt, denen ein Theil des Pflichttheils zugewendet ist; die Klage soll zustehen

in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis *vel alio modo subvertendis* moveri solebat actio.

Dem entsprechend tritt sie nicht allein bei der civilen Pflichttheilsberechtigung auf, sondern auch bei der prätorischen des Patrons und des Parens Manumissor [6]). Ebenso behandelt es die Nov. 115, nachdem sie in Kap. III und IV das Notherbenrecht für Descendenten

---

[3]) So kommt sie den Descendenten mit formellem Notherbenrecht zu: l. 30. l. 33 pr. l. 35 § 1. 2. l. 36 pr. C. de inoff. test. 3. 28, — so ferner nach Nov. 115 Kap. V den Descendenten und Ascendenten, welche ein Recht auf Erbeseinsetzung haben.

[4]) So haben die Klage die Kinder gegen das Testament der Mutter, der väterlichen Großmutter und der mütterlichen Großeltern: l. 30 pr. C. de inoff. test. 3. 28. Vergl. auch l. 35 § 2 C. eod. Nov. 115 Kap. V. Ebenso können die Geschwister klagen: l. 30. l. 35 § 2 C. cit. § 3 verglichen mit § 1 J. de inoff. test. 2. 18.

[5]) l. 30 pr. C. cit.: — et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint. l. 35 § 2 C. eod. § 3 J. cit. Vergl. § 58 unter II A.

[6]) § 3 J. de success. libert. 3. 7.

und Ascendenten neu geordnet hat, als selbstverständlich, daß bei theilweiser Bedenkung dieser Notherben die Ergänzungsklage stattfindet. Was insbesondere die Frage der Zulassung der hereditatis petitio betrifft, so komme ich auf diese weiter unten.

Wenn bei dem Falle, wo der Wittwe gar nichts ausgesetzt ist, Francke die Anwendbarkeit einer persönlichen Klage durch die Analogie des dem unmündig Arrogirten zustehenden Anspruchs auf die quarta D. Pii rechtfertigen will, so ist entgegenzuhalten, daß dieser Anspruch die Natur eines gesetzlichen Vermächtnisses hat, während die arme Wittwe — auch nach Francke's Annahme — Erbin ist. Auch Arndts gelangt trotz der der Wittwe beigelegten Erbeseigenschaft (S. 62 Anm. 178) zur Annahme einer persönlichen Klage auf der Grundlage eines gesetzlichen Vermächtnisses. Seine Bemerkungen aber, daß die Wittwe jedenfalls nicht das ganze Testament anfechten, sondern nur den ihr gebührenden Theil des Nachlasses beanspruchen könne, — daß der Wittwe nicht das Recht gegeben sei, diesen Theil als Erbin zu begehren (S. 641 unter C.), vermögen jener Satz sowie die Verleihung einer persönlichen Klage gewiß nicht zu begründen.

Entgegen allen diesen Ausführungen muß nachdrücklich betont werden, daß die Ansicht, welche mit uns die Wittwe als Erbin behandelt, im Fall der völligen Uebergehung derselben nothwendig die *querella inofficiosi testamenti* verleihen muß. Von vorn herein läßt sich nur an diese Klage oder die Erbschaftsklage denken; denn der Umstand, daß die Wittwe den Testamentserben mit wahrer Erbberechtigung entgegentritt, schließt eine persönliche Klage von der Art, wie sie der arrogirte Unmündige hat, bestimmt aus. Will man aber feststellen, auf welchem Wege ein Erbe, dessen Erbberechtigung durch Kaisergesetz (hier Nov. 53) begründet ist, seine Pflichttheilsberechtigung geltend zu machen hat, so ist bei fehlender Anordnung des Gesetzes offenbar eine Anlehnung auf dem Gebiet des civilen Pflichttheilsrechts zu suchen. Nun kann aber, wie vorhin bemerkt wurde, die quarta D. Pii nicht als analoge Rechtsbildung gelten: demnach bleibt nur das gemeine Pflichttheilsrecht der Verwandten, damit die querella inofficiosi testamenti übrig. Das fällt doch in die Augen, daß die Nov. 53 die vorliegende Frage völlig unerledigt gelassen hat: sie berührt den Fall, wo die Wittwe im Testament gänzlich unberücksichtigt geblieben ist, überall nicht; daß hier Pflichttheilsberechtigung stattfindet, ist nur aus der kümmerlichen Anordnung des Gesetzes über

den Fall ungenügender Bedenkung zu folgern. — Es ist jetzt auch mit wenigen Worten zu erklären, warum wir oben die Erbschaftsklage als unanwendbar bezeichneten: für die Möglichkeit ihrer Zulassung fehlt es an aller Analogie auf dem Boden des civilen Pflichttheilsrechts. Gegenüber den Bedenken der oben genannten Schriftsteller ist nur dies zu sagen. Daß die Querel auch Personen zukommt, die keinen Anspruch auf Erbeseinsetzung haben, ist klar: bis auf die Nov. 115 fehlte dieser Anspruch den Kindern gegenüber der Mutter, den Ascendenten gegenüber den Descendenten, und doch hatten sie die Querel; Gleiches gilt noch heutzutage von den Geschwistern. — Richtig ist ferner, daß die Wittwe, als auf einen festen Bruchtheil der Erbschaft beschränkt, das ganze Testament nicht anfechten kann: aber die Querel verlangt auch dessen Beseitigung wie die Eröffnung der gesetzlichen Erbfolge nur im Umfang der gesetzlichen Erbberechtigung des Klägers[7]).

Ich komme zu der Ansicht, welche dem Erbanspruch der armen Wittwe die Natur eines gesetzlichen Vermächtnisses beilegt. Dieselbe hat im Grunde bei der erörterten Frage keine Wahl. Für sie ist die Möglichkeit ausgeschlossen, der Wittwe die Erbschaftsklage oder die querella inofficiosi testamenti zuzugestehen, da beide Klagen Erbberechtigung des Klägers fordern. So bleibt nur die Annahme einer persönlichen Klage gegen die Testamentserben auf Gewährung des Pflichttheils übrig, — entsprechend der gleichen Klage des unmündig Arrogirten, dessen Anspruch ja unter den Begriff des gesetzlichen Vermächtnisses fällt[8]).

II. Im Fall einer Verkürzung durch Veräußerungen unter Lebenden kann sich die Wittwe, nachdem ihre Pflichttheilsberechtigung mit dem Tode des Ehemannes begründet ist, nach herrschender Ansicht der querella inofficiosae donationis bedienen[9]). Nur Köppen ver-

---

[7]) Ulp. l. 8 § 8 D. h. t.: — si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. — Paul. l. 19 D. eod.

[8]) So in der That Vangerow II § 488 Anm. unter 5. Windscheid III § 593 bei Anm. 2 und 3. Vergl. auch Köppen, Grundriß § 90 S. 68 f.

[9]) So Francke S. 503. Mühlenbruch 36 S. 55 f. Arndts S. 643. Windscheid III § 593 Anm. 6. — Mühlenbruch sucht a. a. O. dem Bedenken zu begegnen, daß die querella inofficiosae donationis nur Ergänzung der querella inofficiosi testamenti sei, daher auch streng genommen nur auf solche Personen ausgedehnt werden könne, die zu letzterer Querel gelangen. Für uns ist das kein Bedenken, da wir diese Klage der armen Wittwe zusprechen.

weist die Wittwe auf die actio quasi Fabiana oder Calvisiana. Er stützt sich dabei auf die vermeintliche Analogie des Rechtsverhältnisses des unmündig Arrogirten; eine solche Analogie vermag ich indessen nicht anzuerkennen.

Anhang.

Das Notherbenrecht bei Pupillarsubstitutionen, — bei Soldatentestamenten und Verfügungen über castrensisches wie quasicastrensisches Vermögen.

§ 69.

1. Frage der Anwendung des Notherbenrechts auf Pupillarsubstitutionen *).

Zwei Lehren, wie sie in der Ueberschrift der gegenwärtigen Abtheilung bezeichnet sind, müssen hier als Anhang zum formellen wie zum materiellen Notherbenrecht dargestellt werden. Die Entwicklung des Rechts vor der Nov. 115 würde eine unvollständige sein, wenn wir Beide von ihr ausschließen wollten. Dabei veranlaßt uns ein entschiedenes Bedürfniß der Darstellung, schon hier die Ausbildung dieser Lehre bis auf das neueste Recht herab zu verfolgen.

Aus dem classischen Recht ist uns eine Aeußerung Ulpian's über das Verhältniß des Pflichttheilsrechts zur Pupillarsubstitution in der folgenden l. 8 § 5 D. de inoff. 5. 2 erhalten:

> Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit (et ita Papinianus respondit): nec patris frater, quia filii testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit: nisi si pro parte patris rescissum est: tunc enim pupillare valet.

Begreiflich konnte eine Berührung des Notherbenrechts mit der Pupillarsubstitution nur auf dem Gebiet des Pflichttheilsrechts in's Auge gefaßt werden, da ein formelles Notherbenrecht bis auf die Nov. 115 nur für Descendenten des Erblassers bestand. — Die herrschende Meinung legt dem Ausspruche Ulpian's den Sinn unter, daß gegenüber der Pupillarsubstitution keinerlei Pflichttheils-

---

*) Zimmern in seinen und Neustetel's Untersuchungen S. 83—88. Thibaut, Arch. f. civ. Prax. V S. 345—349. Francke S. 453—470. Mühlenbruch 40 S. 390—394. Vangerow II § 453 Anm. 3.

berechtigung anerkannt wird[1]). Widerspruch hat Zimmern in der in Anm.* bezeichneten Abhandlung S. 83—85 erhoben. Seine Ausführung ist diese. Nach der l. 8 § 5 ist die Querel den Personen abgeschnitten, welche wie die Mutter nur dem Kinde gegenüber Notherbenberechtigung haben: sie können dem Letzteren den Vorwurf der Lieblosigkeit, wie er Grundlage der Querel sein würde, nicht machen, da das Testament vom Vater gefertigt ist. Ebenso bleibt die Klage Denen versagt, welche nur Notherben des Vaters sind; denn die Pupillarsubstitution ist Testament des Kindes. Berechtigt ist demnach nur, wer gleichzeitig Notherbe des Vaters und des Kindes ist, wie der Bruder des Letzteren: auch dieser aber kann nur durchdringen, wenn er das väterliche Testament und das des Kindes neben einander angreift. Wird freilich das Testament des Vaters gänzlich umgestoßen, so ist das Kindestestament ohne Weiteres hinfällig; beschränkt sich dagegen die Aufhebung auf einen Theil des väterlichen Nachlasses, so ist nun die Querel gegen das Testament des Kindes durchzuführen.

Zimmern's Ansicht ist meines Wissens gänzlich ohne Nachfolger geblieben, wenngleich ihr — was freilich Zimmern wie seine Gegner übersehen haben — eine sehr alte Auctorität zur Seite steht. Ganz die Ausführung wie sie Zimmern entwickelt hat, findet sich schon in zwei Basilikenscholien — Bas. **39.** 1. 8 schol. 9 a. E. schol. 11[2]). Trotz dieser äußeren Stütze halten wir die hier dargebotene Auslegung von Ulpian's Worten für verwerflich.

Vorerst setzen wir mit Thibaut[3]) entgegen: wenn weder die Notherbenberechtigung gegen den Vater noch die andere gegen das Kind eine Grundlage für die Querel abzugeben vermag, wie kann dann das Zusammentreffen dieser beiden unwirksamen Berechtigungen einen Rechtsgrund herstellen? Weiter ist aber auch nicht zu erkennen — und das erscheint noch wichtiger —, warum die Anfechtung des Pupillartestaments von einer Querel gegen das Testament

---

[1]) So von den vorstehend genannten Schriftstellern Thibaut, Mühlenbruch und Vangerow a. d. a. O.O. Francke S. 454. 455.

[2]) Nur der Schluß des schol. 9 cit. mag hier Platz finden: — εἰ δὲ μὴ εἰς τό πᾶν, ἀλλ᾽ εἰς μέρος τὴν πριγκιπαλίαν κατέλυσε διαθήκην, θὲς γὰρ καὶ τὸν πούπιλλον ἐκ μέρους ἐν αὐτῇ γεγράφθαι κληρονόμον, ἐπειδὴ καὶ εἰς μέρος τῆς πριγκιπαλίας μένει τὰ τῆς πουπιλλαρίας σωζόμενα δίκαια, δίδομεν αὐτῷ τηνικαῦτα τὴν δεϊνοφικίοσο κινεῖν κατὰ ἐρρωμένης τῆς πουπιλλαρίας ὑποκαταστάσεως, αἰσχροῦ δηλονότι γεγραμμένου προσώπου.

[3]) A. a. O. S. 347.

des Vaters begleitet sein müßte. Wenn Zimmern darauf den Nachdruck legt, daß der Vater das Testament errichtet hat, so ist dies in der That bedeutungslos: erforderlich ist eine Kränkung des Notherben durch den Inhalt des letzten Willens, eine solche aber, die hier nur in der Entziehung der Kindeserbschaft bestehen kann, geht nicht vom väterlichen Testament aus. Auch das steht nicht entgegen, daß das Testament des Kindes ohne das des Vaters keine Geltung hat; denn sehr wohl kann umgekehrt das Pupillartestament für sich allein die Geltung verlieren.

Wir folgen daher der üblichen Auslegung, die dem römischen Juristen zwar eine unklare, aber jedenfalls eine für Ulpian's Zeit nicht grade auffällige Fassung seines Gedankens zuschreibt. Die l. 8 § 5 cit. erklärt: der Bruder kommt als Notherbe des Kindes nur dann zum Ziele, wenn er als Notherbe des Vaters dessen Testament (wegen einer in diesem ihm zugefügten Pflichttheilsverletzung) umzustoßen vermag: hier verschafft ihm die gleichzeitige Hinfälligkeit des Testaments des Kindes dessen Erbschaft ab intestato. Dagegen würde die theilweise Aufhebung des väterlichen Testaments nicht den gleichen Dienst leisten, da sie das Pupillartestament bestehen ließe.

Bevor ich zum Recht der Nov. 115 übergehe[4]), prüfe ich mit einigen Worten die innere Begründung des in l. 8 § 5 cit. niedergelegten Gedankens. Diese erweist sich, wie man auch die Frage erwägen mag, als unzureichend. Hält man die in l. 8 cit. dargebotenen Gründe in der That für die einzigen, welche Ulpian aufzubringen wußte, so erscheint zwar die ausgesprochene Ausschließung der Notherben des Vaters selbstverständlich, aber dem Ausspruche bezüglich der Notherben des Kindes fehlt jede Rechtfertigung. Die Querel hat in ihrer in den Pandekten vorliegenden entwickelten Gestalt nach dem Zeugniß desselben Ulpian die Absicht des Erblassers,

[4]) Von manchen Schriftstellern ist noch die von der Quasipupillarsubstitution handelnde l. 9 C. de impub. et al. 6. 26 in unsre Untersuchung hineingezogen. (Vergl. Zimmern S. 88. Thibaut S. 349. Francke S. 463—470). In Betracht kommen würden die Worte: — liceat isdem parentibus legitima portione ei vel eis relicta quos voluerit his substituere, ut occasione hujusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris nulla querella contra testamentum eorum oriatur —. Indessen ist die l. 9 C. cit. nicht allein im Ganzen, sondern auch in dem hier abgedruckten Theile Gegenstand mehrfacher Deutungen und Streitigkeiten (vergl. in letzterer Hinsicht Windscheid III § 560 Anm. 5); mit Rücksicht hierauf kann das Gesetz zur Lösung der uns beschäftigenden Frage nicht wohl etwas beitragen.

dem Notherben den Pflichttheil zu entziehen, nicht zur Voraussetzung[5]): darum erscheint sie auch gegenüber einem Testament möglich, das ausnahmsweise, wie das Pupillartestament, durch einen Anderen an Stelle des Erblassers errichtet wird. Uebrigens hat man sich mehrfach die Gründe der l. 8 § 5 cit. nicht genügen lassen, vielmehr nach einer andern Erklärung gesucht. Thibaut führt die ganze Pupillarsubstitution auf folgenden Anstoß zurück: man habe in ihr dem Vater ein Mittel gewähren wollen, das Kind in die Lage zu bringen, daß Niemand mit Bestimmtheit wisse, wer dessen Erbe sei, wenn es in der Unmündigkeit sterbe[6]). Allein eine solche ängstliche Fürsorge für das Kind, als Mittel gegen Lebensnachstellungen, begegnet uns nur bei der Frage nach der äußeren Errichtung der Pupillarsubstitution, in einer einzelnen Bemerkung des Gajus (II. 181); sie kann unmöglich gegenüber den nächsten Blutsverwandten des Kindes — den Ascendenten und Geschwistern — zur Geltung gebracht, und noch weniger kann sie der Grund gewesen sein, um dessen willen den Verwandten die Pflichttheilsberechtigung entzogen worden ist[7]). Von Windscheid (III § 558 Anm. 9 mit Text, verbunden mit § 559 unter 6) wird die Ausschließung der Notherbenberechtigungen bei der Pupillarsubstitution so begründet. Neben dem im geltenden Recht maßgebenden Gedanken, der im Pupillarsubstituten einen Erben des Kindes sieht, durchzieht das Recht dieser Substitution eine andre, wahrscheinlich ältere Auffassung, welche den Substituten als zweiten Erben des testirenden Vaters behandelt. Auf dieser Auffassung soll auch der vorliegende Satz des Notherbenrechts beruhen. — Auch dem glaube ich widersprechen zu müssen. Zunächst bleibt von dieser Erklärung aus die Zurücksetzung der Notherben des Vaters ungerechtfertigt. Sodann hat aber das römische Recht im Pflichttheilsrecht die Behandlung der Pupillarsubstitution als eines Testaments des Kindes entschieden festgehalten. (Vergl. oben § 40 unter 1). Grade in der l. 8 § 5 cit. spricht sich ja Ulpian bestimmt in diesem Sinne aus. Ich glaube hiernach dabei stehen bleiben zu müssen, daß Ulpian und der von ihm angerufene Papinian in der That einen innerlich unbegründeten

---

[5]) Ulp. l. 27 § 4 D. de inoff. 5. 2.

[6]) Zustimmend Mühlenbruch S. 393 und noch in neuester Zeit das Erk. des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 17. Oct. 1871 bei Seuffert, Arch. 26. 141.

[7]) Des Näheren ist auf die erschöpfende Widerlegung bei Francke S. 456—458 zu verweisen.

Rechtssatz aus den in l. 8 cit. angegebenen formalen Rücksichten vertheidigt haben.

Auch für das Recht der Nov. 115 hat Zimmern der herrschenden Meinung, welche den Notherben des Kindes die Pflichttheilsberechtigung versagt [8]), widersprochen, und hier hat sich seinem Widerspruch Francke (S. 456 ff.) angeschlossen. Beide machen geltend, daß die Novelle mit der von ihr vorgeschriebenen Erbeseinsetzung — in unserm Fall der Ascendenten — eine formelle Anforderung an den Erblasser erhebt; was aber zur Form der Testamente gehöre, müsse auch der Vater beobachten, wenn er ein Testament für das unmündige Kind errichte. Für das reine römische Recht läßt sich nach meinem Dafürhalten diese Auffassung nicht beanstanden. Die Nothwendigkeit der Erbeseinsetzung ist nicht allein begrifflich eine selbständige Vorschrift des Notherbenrechts, verglichen mit der Verpflichtung zur Hinterlassung eines bestimmten Vermögenstheils (des Pflichttheils), — sie ist auch in der Novelle streng von dieser geschieden. Denn die Kap. III und IV befassen sich lediglich mit der Anforderung der Erbeseinsetzung (Kap. III unter scharfer Sonderung derselben von der materiellen Bedeutung); ebenso betont Kap. V zunächst jene formelle Vorschrift, der auch durch Einsetzung auf bestimmte Sachen soll genügt werden können. Erst im weiteren Fortgang und immer mit Festhaltung des Gegensatzes gelangt das Kap. V zur Verpflichtung der Hinterlassung des Pflichttheils, welcher erforderlichenfalls ergänzt werden soll. Hält man diesen Inhalt des neuen Gesetzes mit der l. 8 § 5 cit. zusammen, so kann man den Ascendenten des Unmündigen den in der Pandektenstelle überall nicht berührten Anspruch auf Erbeseinsetzung nicht verweigern. Freilich muß zugleich anerkannt werden, daß diesem Anspruch durch jede Einsetzung genügt wird, die etwas Anderes ist als eine Einsetzung auf Nichts. Denn die Pflichttheilsberechtigung ist mit Rücksicht auf das Pandektenrecht nach wie vor zu leugnen [9]).

Man hat der hier vertheidigten, auf die Einsetzungsvorschrift

---

[8]) Dafür Thibaut, Mühlenbruch und Vangerow Anm. * citt. Zahlreiche andere Schriftsteller werden genannt bei Vangerow S. 181 und in dem in Anm. 6 genannten Erkenntniß des O.-G. zu Wolfenbüttel (Seuffert **26** S. 226 Anm. 1).

[9]) Wenn Francke S. 456 die Ergänzungsklage begründet findet, so ist dem gewiß zu widersprechen.

der Novelle bezüglichen Ansicht entgegengehalten, daß die von Justinian vorgeschriebene Form auf dem gleichen inneren Grunde beruhe, wie die materielle Verbindlichkeit zur Zuwendung des Pflichttheils[10]), — auf der Pietät gegen die Erzeuger. Aber abgesehen davon, daß es, wie oben bemerkt wurde, sehr zweifelhaft erscheint, ob die Hindeutung der l. 8 § 5 cit. auf diese Rücksicht den wahren Grund des Rechtssatzes darstellt, kann uns doch die Gleichheit des Grundes nicht dazu berechtigen, den Notherben einen zweifellos selbständigen, nicht in der l. 8 § 5 cit. berührten Anspruch zu entziehen. Vielmehr ist umgekehrt auf die völlige Singularität der in l. 8 § 5 cit. enthaltenen Regel der Ton zu legen: diese stellt sich der Ausdehnung der Regel auf die Einsetzungsvorschrift von Nov. 115 hindernd in den Weg. — Völlig nichtssagend ist die andre Bemerkung[11]), daß die Formvorschrift Justinian's den Testirer nur in Ansehung seines eignen Testaments und gegenüber seinen Notherben binde. Wo ausnahmsweise eine Vertretung des Vermögensinhabers bei der Errichtung des letzten Willens gestattet wird, muß der Vertreter der den Vertretenen bindenden Vorschrift genügen.

So wahr alles das ist, so kann doch für das geltende Recht die Entscheidung nicht im Sinne der zuletzt entwickelten Sätze ausfallen. Das canonische Recht hat sich in einer auffälligerweise völlig von Francke übersehenen Decretale von Bonifaz VIII. — c. 1 de testam. in VI°. 3. 11 — den Ausspruch der l. 8 § 5 cit. in der Bedeutung einer allgemeinen Regel zu eigen gemacht. Die Schlußworte des c. 1 cit. sprechen sich dahin aus:

— Licet autem filius testamento suo matrem portione jure naturae debita privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest: nam testamentum hujusmodi pupillare paternum vel paterni pars potius est censendum.

Ist hier auch dem Ausdruck nach nur vom Pflichttheil die Rede, so hat doch ohne Frage der Papst auch die Vorschrift der Erbesein-

---

[10]) So namentlich Vangerow a. a. O. Vergl. auch Mühlenbruch S. 393. Vangerow wirft noch ein, Francke's Lehre würde streng durchgeführt zu der Absurdität führen, daß der Vater sich selbst einsetzen müßte. Ist das absurd, und so scheint es, so folgt nur, daß in diesem einzelnen Falle keine Nothwendigkeit der Einsetzung des Gewalthabers anzuerkennen ist.

[11]) So Thibaut S. 348. Mühlenbruch S. 393 f. und das Erk. von Wolfenbüttel in Anm. 6.

setzung für unverbindlich erklären wollen. Wie die voraufgehende Geschichtserzählung zeigt, betrifft die Entscheidung einen Fall, in welchem die Mutter nicht allein nicht mit dem Pflichttheil bedacht, sondern auch nicht zur Erbin eingesetzt war.

Wir haben daher die dargestellte Regel in ihrer Allgemeinheit hinzunehmen [12]), wenngleich sie als innerlich unbegründet behandelt werden muß.

§ 70.

2. Das Notherbenrecht in Anwendung auf Soldatentestamente, auf letztwillige Verfügungen über das castrensische und quasicastrensische Vermögen *).

Bis auf die neueste Zeit hat man allgemein gelehrt, gegenüber einem Soldatentestament finde kein Anspruch der Notherben statt [1]). Diese Ansicht geht zu weit, wie das unsres Erachtens von Fitting [2]) bewiesen ist. In Anlehnung an Fitting's Ausführungen soll im Folgenden dargelegt werden, daß man nur sagen darf, die Grundsätze des materiellen wie des formellen Notherbenrechts finden beim Soldatentestament lediglich in beschränkterem Umfange Anwendung.

Beim castrense peculium streitet man sowohl für das ältere Recht wie für das Recht der Nov. 115, beim peculium quasi-castrense wenigstens für das neueste Recht, inwieweit hier das Pflichttheilsrecht Geltung habe. Diese Lehre ist an das Recht des Soldatentestaments, mit dem sie verwandt ist, anzuknüpfen. — Die bezeichneten Gegenstände der Untersuchung werden vorerst unter Absehen vom Einfluß der Nov. 115 betrachtet; unter IV spreche ich dann vom Einfluß dieses Gesetzes.

I. Das formelle Notherbenrecht beim Soldatentestament. Man lehrt, der Soldat brauche seine Kinder (oder Eltern) nicht zu Erben einzusetzen oder zu enterben, er übergehe sie ungestraft; nur seien die gewöhnlichen Grundsätze anzuwenden, wenn ein

---

12) Für die uneingeschränkte praktische Geltung des Satzes hat sich außer dem mehrfach genannten Erk. des O.-G. zu Wolfenbüttel ein Erk. des O.-A.-G. zu Jena vom 16. Juli 1835 bei Seuffert, 6. 222 ausgesprochen.

*) Francke S. 444—453. Mühlenbruch **35** S. 195—219. **42** S. 77—81. S. 88 Anm. 26. Fitting, das castrense peculium §§ 30—33. §§ 48—50.

1) Vergl. Francke S. 445. 446. 452 f. Mühlenbruch **35** S. 195—197. S. 218. Windscheid III § 575 a. E.

2) Das castrense peculium §§ 30—33. S. 213 ff. § 49. S. 359 ff.

Kind aus Irrthum übergangen sei[3]). Allein eine solche Fassung verdeckt den logischen Zusammenhang der maßgebenden Grundsätze. An sich besteht auch für den Soldaten die Verpflichtung, seine sui wie die neben diesen zur prätorischen Notherbfolge berufenen liberi zu Erben einzusetzen oder zu enterben. Aber nach der das Soldatentestament beherrschenden Regel ist die Willenserklärung durchaus formlos[4]); vor Allem wird im Nichtbedenken eines Notherben, um dessen Dasein der Erblasser wußte, ein Enterben gefunden[5]). Immer muß indessen eine Willenserklärung angenommen werden können: wurde ein Notherbe übergangen, weil der Soldat von seinem Dasein nichts wußte, etwa irrthümlich seinen Tod annahm, fehlte demnach der Wille, ihn auszuschließen, so gelangt die auf das Erforderniß der Erbeseinsetzung oder Enterbung gestellte Regel des formellen Notherbenrechts zur Geltung[6]) und führt zur Vernichtung des Testaments. Die genannte Regel bindet insbesondere auch den in väterlicher Gewalt stehenden Soldaten beim Testament über das castrensische Vermögen. Zwar kann dieser zur Zeit weder Kinder in der Gewalt, noch liberi im Sinn der prätorischen Notherbfolge haben, aber er muß die Möglichkeit im Testament berücksichtigen, daß er künftig gewaltfrei werde, und daß damit seine schon jetzt vorhandenen oder die in der Folge gebornen Kinder Notherbenberechtigung erlangen[7]). Wo immer übrigens die Uebergehung eines von Anfang an vorhandenen oder nachträglich eingetretenen Notherben Nichtigkeit des Testaments begründete, konnte in der Folge die Gültigkeit des Letzteren durch bloße Erklärung des auf seine Aufrechthaltung gerichteten Willens neu begründet werden[8]).

---

[3]) Francke S. 445.

[4]) Gaj. II. 109. 114 pr. J. de milit. test. 2. 11. l. 1 pr. l. 35 D. eod. 29. 1. l. 15 C. eod. 6. 21.

[5]) § 6 J. de exher. lib. 2. 13: — si — liberos suos — nominatim non exheredaverit sed silentio praeterierit non ignorans an habeat liberos, silentium ejus *pro exheredatione nominatim facta* valere constitutionibus principum cautum est. l. 7 D. de test. mil. 29. 1. l. 9. C. eod.

[6]) Sofortige Nichtigkeit bei den zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Notherben: l. 9. 10 C. eod.; Ruption bei nachträglicher Entstehung eines Notherben. l. 33 pr. § 2. 3. l. 36 § 2 D. eod. l. 10 C. cit. Fitting S. 217—219.

[7]) l. 33 verglichen mit l. 39 D. eod. l. 28 § 1 D. de lib. 28. 2. Fitting S. 220—226.

[8]) l. 9 pr. l. 33 pr. § 2 D. de test. mil. 29. 1.

Der bezeichnete Grundsatz der Formlosigkeit des letzten Willens läßt leicht erkennen, welche Bedeutung in diesem Falle den einzelnen auf die Erbeseinsetzung oder Enterbung bezüglichen Formvorschriften zukommt[9]). Die Regel des formellen Notherbenrechts läßt bei der Einsetzung eines lebenden Sohnes des Erblassers nur eine Potestativbedingung zu, und das Gleiche gilt beim Postumus, sofern nicht etwa die Bedingung vor dessen Erscheinen entschieden ist. Ist nun der Grund des Satzes der, daß bei ausfallender Bedingung Präterition vorliegt, muß daher selbst die casuelle Bedingung genügen, sofern auf den Fall der Deficienz Enterbung ausgesprochen ist[10]), so ist eine Bedingung der letzteren Art beim Soldatentestament ohne Weiteres zuzulassen; denn aus der bedingten Einsetzung ergibt sich der Wille, daß der Notherbe bei ausbleibender Bedingung ausgeschlossen sein soll. Der Satz dagegen, daß die Einsetzung des suus unter einer unmöglichen Bedingung das Testament vernichtet[11]), behauptet seine Geltung auch beim Soldatentestament.

Rücksichtlich der Enterbung ergibt sich von selbst, daß namentliche Ausschließung nicht verlangt werden kann, und daß es beim Vorhandensein mehrerer Grade Sache freier Auslegung ist, ob die an irgend einer Stelle des Testaments ausgesprochene Enterbung auf alle Grade oder auf einzelne derselben und welche zu beziehen ist. — Das gemeine Erbrecht rügt bei der auf bestimmte Vermögensstücke oder einzelne Theilerben gestellten Enterbung die theilweise Uebergehung, bei der Enterbung auf den Tod des Notherben die Präterition für die Zeit, in welcher allein ein Erwerb für den Notherben werthvoll, ja möglich ist; die Enterbung post aditam hereditatem findet man verwerflich, weil vor dem Erbschaftserwerb eines andern Erben die Erbberechtigung des suus heres beseitigt sein muß. Alle solche Mängel werden beim letzten Willen des Soldaten durch den Satz unschädlich gemacht, daß das Nichtbedenken des dem Erblasser bekannten Descendenten als Ausschließung gilt. Unthunlich erscheint allerdings diese Auffassung bei der bedingten Enterbung: hier aber hat man wohl auf den Fall der Nichterfüllung der Bedingung stillschweigende Einsetzung angenommen[12]).

---

9) Vergl. zum Folgenden die Darstellung in den §§ 9—13 dieser Abhandlung.

10) l. 28 pr. D. de lib. 28. 2. Vergl. l. 86 D. de her. inst 28. 5.

11) l. 15 D. de condic. inst. 28. 7.

12) Vergl. l. 1 pr. l. 40 pr. D. de test. mil. 29. 1. l. 13 § 4. l. 15 § 1 D. eod.

II. Das Pflichttheilsrecht beim Soldatentestament. Der querella inofficiosi testamenti wird bestimmt die Anwendbarkeit beim Testament eines Soldaten abgesprochen: Letzteres bleibt auch dann gegen Anfechtung geschützt, wenn der Soldat nach der (ehrenvollen) Entlassung, doch vor Ablauf eins Jahres stirbt [13]).

Die Frage, welche Grundsätze bei der bonor. poss. contra tabulas des parens manumissor und des Patrons gegolten haben, kann nicht unberührt gelassen werden; ich erörtere sie jedoch im Zusammenhang des beim peculium castrense geltenden Rechts, zu dem ich unter III gelange.

Die nach dem Bisherigen dem Soldatentestament auf den Gebieten des formellen wie des materiellen Notherbenrechts zukommenden Vergünstigungen greifen nach Justinian's Vorschrift nur Platz, wenn das Testament während des Feldzugs errichtet wurde [14]).

III. Das Pflichttheilsrecht beim *peculium castrense* und *quasi-castrense*. An erster Stelle ist die *bon. poss. contra tabulas* des *parens manumissor* und des Patrons zu besprechen. Beim Emancipirten wie beim Freigelassenen wird in einer Reihe von sogleich zu betrachtenden Stellen der Satz bezeugt, daß dem parens manumissor wie dem Patron gegenüber der letztwilligen Verfügung über das in castris erworbene Vermögen [15]) eine bon. poss. contra tabulas nicht zustehe. Wenn man diesen Satz nicht allein auf den in activem Dienst stehenden Soldaten, sondern in gleicher Weise auf den Veteran bezieht [16]), so scheint mir das nicht gerechtfertigt. Denn unter den Pandektenfragmenten, welche von Emancipirten sprechen, führt l. 30 D. de test. mil. 29. 1 (Paulus) ein Rescript von Pius des Inhalts an:

> (nam) in bona castrensia non esse dandam contra tabulas filii *militis* bonorum possessionem —.

Eben diese Beschränkung muß in die l. 29 § 3 D. eod. (Marcellus)

---

[13]) l. 8 § 4. l. 27 § 2 D. de inoff. 5. 2. l. 9. l. 37 pr. C. eod. 3. 28.

[14]) l. 17 C. de test. mil. 6. 21 pr. J. de milit. test. 2. 11.

[15]) Daß der Ausdruck mindestens im Sinn von l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 auf das gesammte castrensische Vermögen zu beziehen ist, wird ausgeführt bei Fitting S. 228 f.

[16]) So Fitting S. 214. 216 in Anm. 2. — In der Ausführung von Mühlenbruch 35 S. 196 ff. wird die bon. poss. contra tabulas nicht von der Querel gesondert gehandelt.

hineingelegt werden[17]); denn alle übrigen Theile der l. 29 (pr. §§ 1, 2) sprechen ausschließlich vom Soldatentestament, die Compilatoren aber haben unmittelbar an den § 3 cit. die vorhin erwähnte l. 30 D. eod. angehängt. Mit Recht nimmt daher die Digestenausgabe von Mommsen an (vergl. Anm. 17), daß im Eingang von l. 29 § 3 cit. Worte wie „cum *miles* decessit emancipatus" ausgefallen sind.

Nicht minder deutlich tritt die Beziehung auf den Soldaten bei einer dritten Stelle zu Tage, — der l. 1 § 4 D. si a parente **37.** 12. Ulpian äußert:

Est et alius casus, quo bonorum possessionem contra tabulas parens non accipit, si forte filius militare coeperit;

er bezieht sich dann auf das in l. 30 cit. besprochene Rescript von Pius. — Hiernach bleibt als letzte Aeußerung nur die Sentenz des Marcellus in l. 10 D. de castr. pec. 49. 17 übrig:

Constat nec patribus aliquid ex castrensibus bonis filiorum deberi.

Daß die Stelle auf die bon. poss. contra tabulas des parens manumissor geht, nehme ich mit Fitting an[18]); aber nichts hindert uns, sie lediglich für den letztwillig verfügenden Soldaten gelten zu lassen.

Darf nach diesen Beweisen bestimmt gesagt werden, daß die bon. poss. contra tabulas des parens manumissor nur bei den Testamenten der in activem Dienst stehenden Soldaten ausgeschlossen blieb, so läßt sich nicht wohl annehmen, daß die bon. poss. contra tabulas des Patrons zur Zeit der classischen Juristen eine andre Ausdehnung gehabt hätte. Für diese Auffassung spricht Papinian's Ausführung in l. 42 § 1 D. de bon. libert. 38. 2, wo der folgende Thatbestand behandelt wird. Ein Freigelassener hat auf das castrensische Vermögen den Titius, auf den sonstigen Nachlaß

---

[17]) l. 29 § 3 cit. (Cum miles decessit emancipatus [vel similia] ins. Momms.) patri ejus, qui in emancipatione ipse manumissor extitisset, contra tabulas testamenti dandam bonorum possessionem partis debitae placet *exceptis his rebus, quas in castris adquisisset,* quarum liberam testamenti factionem habet.

[18]) Fitting S. 216 Anm. 2. S. 227. — Die Basiliken (57. 2. 10) beziehen das Fragment auf den testirenden Haussohn: Οὐδὲν τοῖς πατράσιν ἐκ τοῦ στρατιωτικοῦ πεκουλίου τῶν ὑπεξουσίων κεχρεώστηται. Ebenso Mühlenbruch 35 S. 198 f. — Ueber eine noch weiter gehende Auslegung älterer Schriftsteller vergl. Fitting S. 227.

einen Andern als Erben gerufen. Hat hier vor der Hand nur Titius angetreten, so soll eine bon. poss. contra tabulas des Patrons noch nicht begründet sein. Denn rücksichtlich der bona castrensia wird diese vollständig versagt, rücksichtlich des sonstigen Vermögens aber soll, falls der Testamentserbe ausschlägt, nicht Anwachsung, sondern gesetzliche Erbfolge eintreten: daher wird auch hier eine bon. poss. contra tabulas des Patrons zur Zeit nicht zugelassen. Wie Fitting selbst hervorhebt (S. 215), weist bei diesem Ausspruche sowohl die Bestimmung der Erbtheile wie die Ausschließung der Anwachsung mit Sicherheit darauf hin, daß der Freigelassene als Soldat testirt hatte und auch noch als solcher gestorben war. — Neben der l. 42 cit. steht dann wieder ein unbestimmt gehaltener Ausspruch Ulpian's, die l. 3 § 6 D. eod.:

Patronus contra ea bona liberti omnino non admittitur, quae in castris sunt quaesita.

Ich trage kein Bedenken, auch hier die Thatsache herzuzunehmen, daß der Erblasser bei Errichtung des Testaments Soldat war und als solcher oder doch vor Ablauf des ersten Jahres nach der Entlassung starb. Erwähnt wird ja dieses Moment auch in l. 42 § 1 cit. nicht, und doch ergab es sich uns mit Nothwendigkeit aus dem Inhalt der Stelle.

Zweifelhafter kann auf den ersten Blick die allein noch übrige l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 erscheinen. Zwar stellt sich dieses Gesetz nur die Aufgabe, einen streitigen Punkt im Recht der Querel zu erledigen: Justinian schließt diese aus, wie noch unten vorkommen wird, bei allem quasicastrensischen Vermögen sowie in Anwendung auf Veteranen bei den bona castrensia (§ 1). Allein in Anküpfung hieran wird bemerkt:

— Si enim patronus adversus res, quas libertus ejus ex castris quaesivit sui juris indubitanter constitutus, etsi praeteritus fuerit ab ingrato liberto, tamen contra ejusmodi peculium contra tabulas bonorum possessionem non habet secundum veterem legum sanctionem, quemadmodum oportet praefata peculia, quae ad instar castrensis peculii introducta sunt, de inofficioso querellae esse supposita?

Der Zweifel, welcher durch diese Aeußerung angeregt wird, ist dieser. Die Querel findet auch bei den bona castrensia der Veteranen nicht statt; ebenso ist die dem quasicastrensischen Vermögen

gegenüber der Querel ertheilte Vergünstigung nicht auf die Dauer des Amts oder der öffentlichen Function des Inhabers zu beschränken. Nun vergleicht aber offenbar Justinian das in Ansehung der Querel geltende Recht mit der Ausschließung der bon. poss. contra tabulas des Patrons: spricht das nicht gegen unsre obige Annahme, welche für diese Ausschließung eine andre Zeitgrenze behauptet, als die oben genannte, bei der Querel vorliegende? Ich glaube nicht, daß dieses Bedenken Recht hat. Der Nachdruck fällt bei der l. 37 § 1 C. cit. auf die Bestimmung, daß Verfügungen über die bona quasi-castrensia (ein Ausdruck, unter welchem Justinian auch das castrense des Veteranen begreift) der civilen Pflichttheilsklage überhaupt nicht unterliegen sollen, auch tritt die Ausdehnung dieses Vorrechts über das Ende des betreffenden Amts wie der öffentlichen Function hinaus in den Worten der Stelle nicht hervor. Demnach stand Nichts entgegen, auf den Grundsatz des patronatischen Pflichttheilsrechts Bezug zu nehmen: eine nicht geringe Verwandtschaft mit diesem Satze lag ja doch immer vor, auch wenn die von uns behauptete Verschiedenheit rücksichtlich der zeitlichen Ausdehnung des Privilegs bestand.

Es ist hiernach daran festzuhalten, daß dem Patron wie dem parens manumissor die bon. poss. contra tabulas nur versagt wurde, wenn der Inhaber des castrensischen Vermögens als Soldat testirt hatte und als solcher oder doch vor Ablauf des ersten Jahres nach der Verabschiedung gestorben war[19]). Die hierin ausgeprägte Regel ist demnach dem unter II hervorgehobenen Satze an die Seite zu stellen, daß die Inofficiositätsquerel beim Soldatentestament nicht Platz greift.

Noch ist bezüglich des prätorischen Rechtsinstituts ein Zweifaches hervorzuheben. Zunächst behauptet die prätorische Pflichttheilsberechtigung ihre Geltung bei allem Erwerb, den der als Soldat testirende Freigelassene oder Emancipirte neben dem castrensischen Vermögen besitzt. Dieser Satz wäre schon dann festzuhalten, wenn er sich nicht aus den Quellen nachweisen ließe: es müßte doch erst gezeigt werden, daß das Pflichttheilsrecht auch auf diesem Punkte außer Anwendung bliebe. Aber während dafür kein Zeugniß spricht, liegt ein

---

[19]) Diese Ansicht findet sich schon bei *Retes,* de castr. peculio (in *Meermann*, thesaur. VI S. 251 f.). Gegen dieselbe Fitting S. 216 Anm. 2, dessen Gründe durch die Ausführung im Text widerlegt sein dürften.

positiver Beweis für die Anwendbarkeit der bon. poss. contra tabulas in der oben erörterten l. 42 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. Gegenüber dem auf das castrensische Vermögen Eingesetzten versagt Papinian die bonor. possessio, rücksichtlich des übrigen Nachlasses aber gilt sie ihm unzweifelhaft zulässig, er verlangt nur Antretung der gerufenen Erben[20]). Abgesehen davon prägt sich ja auch in den sämmtlichen besprochenen Zeugnissen über den Satz beim castrensischen Vermögen, zumal in dem zweimaligen Hinweise auf das Rescript des Pius bezüglich des Haussohns, der Gedanke aus, daß hier ein regelwidriger Rechtssatz gegeben sei. Daher muß außerhalb der Grenzen desselben das jus commune des patronatischen Pflichttheilsrechts Anwendung finden. — Ein zweiter Satz ist völlig selbstverständlich und nur um des Gegensatzes willen zu erwähnen: die bon. poss. contra tabulas findet keine Anwendung auf einen als Haussohn letztwillig verfügenden Soldaten, der Prätor fordert zur Begründung der dem parens zugestandenen Pflichttheilsberechtigung Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt[21]).

Soviel vom Pflichttheilsrecht der bon. poss. contra tabulas. Mehr Bedeutung hat die Frage nach der Zulässigkeit der *querella inofficiosi testamenti* beim peculium castrense. Ich gehe zunächst auf den Fall ein, wo der Erblasser Haussohn war: zu bestimmen ist hier, da doch das Soldatentestament nicht mit der Querel anzufechten ist, ob das auf das castrensische Vermögen bezügliche Testament eines Haussohns, der als Soldat letztwillig verfügt, dann aber erst nach Ablauf des Jahres seit der Entlassung stirbt, oder der als Veteran testirt, der civilen

---

20) Vergl. Fitting S. 215 f.

21) Aus dieser rechtlichen Lage des Haussohns will Fitting (S. 228) die im Text erörterte Regel über das peculium castrense des Emancipirten erklären: weil das Hauskind in seinem Testament über ein solches Vermögen den Gewalthaber nicht zu berücksichtigen brauchte, soll Pius zur Beseitigung der Rechtsungleichheit auch in Anwendung auf den Emancipirten die bon. poss. contra tabulas abgeschnitten haben. (Vergl. l. 30 D. de test. mil. 29. 1. l. 1 § 4 D. si a parente 37. 12). So ansprechend der Gedanke bei erster Betrachtung ist, so hindert uns doch das gleiche Recht in Ansehung der patronatischen Pflichttheilsberechtigung, uns denselben anzueignen. Da Letztere das Muster für die bonor. possessio des parens manumissor war, so wird sich auch der Satz über das peculium castrense zuerst bei ihr gebildet haben; er wurde dann wohl von da aus durch Pius auf das Rechtsverhältniß des Emancipirten übertragen.

Pflichttheilsberechtigung des Vaters gerecht werden muß. Die Frage ist auch heutzutage noch bestritten, sie wird ohne Einschränkung bejaht von Francke[22]), ebenso uneingeschränkt verneint von Mühlenbruch[23]); im Gegensatz zu beiden Schriftstellern unterscheiden wir mit Fitting[24]) so: bis auf Justinian's l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 fand die Querel statt, diese Constitution hat sie beseitigt.

Angesichts der gründlichen Ausführungen von Fitting, von denen wir nur bei der Behandlung einzelner Aussprüche der Quellen abweichen, dürfen wir die Ausführung jenes Satzes in den meisten Punkten knapp halten. Gegen die Möglichkeit einer Querel des Gewalthabers darf vor Allem nicht geltend gemacht werden, daß zur Zeit der classischen Juristen eine gesetzliche Erbfolge in das castrensische Vermögen eines Haussohns nicht bestand, während doch das Querelrecht gesetzliche Erbberechtigung voraussetzt[25]). Sicher gebührte jenes Vermögen dem Inhaber der väterlichen Gewalt, sobald das Kind nicht von seiner Testirbefugniß Gebrauch gemacht hatte, und in diesem Heimfall jure peculii durfte man mit eben so vielem Recht die Grundlage eines Anspruchs wegen liebloser letztwilliger Verkürzung erblicken, wie sonst in der gesetzlichen Erbberechtigung. Daß die Römer so dachten, beweist schlagend die von Fitting (S. 235) herangezogene l. 18 D. ad leg. Falc. 35. 2: Pius gewährt dem Vater gegenüber dem ihm vom Hauskinde durch Intestatcodicill rücksichtlich des castrensischen Vermögens auferlegten Erbschaftsvermächtniß die Falcidische Quart; er läßt sich nicht durch das von ihm berührte Bedenken beirren, daß das Falcidische Gesetz Erbberechtigung voraussetzt[26]).

Noch weniger Bedenken verursacht die schon oben (S. 576) berührte allgemeine Aeußerung des Marcellus in l. 10 D. de castr. pec. 49. 17[27]). Hätte man auch wirklich bei den Worten „nec patribus aliquid ex castrensibus bonis — deberi" nicht an die bon. poss. contra tabulas, sondern an die Querel zu denken, so würde doch eine Anwendung des Ausspruchs auf die uns hier interessirenden Fälle,

22) Recht der Notherben S. 446—450.
23) Band 36 S. 196—218.
24) A. a. O. § 33 (S. 229—234).
25) Auf dieses Argument legt Mühlenbruch Gewicht. (S. 205).
26) l. 1 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.
27) Vergl. Mühlenbruch S. 198 f.

insbesondere auf das Testament eines Veteranen, auf das der Ausdruck der l. 10 cit. noch am ersten passen würde, nur dann veranlaßt sein, wenn wir für jene Fälle gar keine Entscheidung besäßen. Eine solche bietet uns aber gewiß Ulpian in l. 1 § 6 D. si a parente 37. 12:

Patrem autem accepta contra tabulas bonorum possessione et jus antiquum, *quod et sine manumissione habebat*, posse sibi defendere Julianus scripsit: nec enim ei nocere debet, quod jura patronatus habebat (habeat? *Ad. Schmidt* et *ed. Momms.*), cum sit et pater.

Daß hier mit dem Ausdruck „jus antiquum" die Querel gemeint ist, wurde schon im § 34 unter B. ausgeführt (S. 246). An gegenwärtiger Stelle kommt für uns in Betracht, daß der Jurist dem Vater auch für die Zeit vor der Emancipation die Querel gegen das Testament des Hauskinds zuschreibt („jus antiquum, quod et sine manumissione habebat"); als Gegenstand der letztwilligen Verfügung aber hat man sich dabei das castrensische Vermögen zu denken. Ferner fällt unmöglich unter Ulpian's Ausspruch das Soldatentestament, bei dem doch die Querel nicht statt hat: demnach muß die Aeußerung auf eben die Fälle bezogen werden, welche den Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung bilden.

Weiter nehme ich keinen Anstand, das folgende Rescript von Diocletian und Maximian — l. 24 C. de inoff. test. 3. 28 — als Beweis für die hier vertheidigte Ansicht zu benutzen:

Testamentum militis filii familias in castrensi peculio factum neque a patre neque a liberis ejus per inofficiosi querellam rescindi potest.

Das „militis filii familias" begründet einen Schluß vom Gegentheil dafür, daß die Kaiser beim Testament eines Veteranen die Querel nicht versagt haben würden. Wenn Mühlenbruch auf die Unzuverläßigkeit eines solchen Schlusses bei einem kaiserlichen Rescript verweist[28]), so läßt die knappe und klare Fassung grade der vorliegenden Entscheidung den Einwurf ungerechtfertigt erscheinen. Uebrigens findet auch Fitting (S. 237) den aus der Stelle zu ziehenden Beweis wegen des „neque a liberis" nicht völlig untadelhaft; er deutet auf die Möglichkeit hin, daß in dem vorgelegten Falle der

[28]) So Mühlenbruch 35 S. 209.

Testator gewaltfrei gewesen, und daß hierdurch allein der Zweifel veranlaßt war, den das Rescript erledigen wollte. Daran läßt sich jedoch nach meiner Ueberzeugung nicht denken. Nicht allein wäre es unter solcher Voraussetzung auffällig (so Fitting selbst), daß das Rescript ein so wichtiges thatbestandliches Moment unterdrückt hätte: völlig unverständlich müßte man es finden, wie der Testator so gradehin als miles *filius familias* bezeichnet werden konnte. — Zur Erklärung des „neque a liberis" benutze ich eben so wenig mit Fitting den Gedanken einer Interpolation, die mit Rücksicht auf die spätere veränderte Stellung des castrensischen Vermögens zur gesetzlichen Erbfolge[29]) bewirkt wäre: hätte man interpolirt, so wäre wohl auch der fratres (Anm. 29) gedacht worden. Ist es denn so auffällig, daß ein Privater um Belehrung darüber nachsuchte, ob nicht der zur Errichtung eines Testaments berechtigte Haussohn seine Kinder, die doch trotz der ihm mangelnden väterlichen Gewalt die nächsten Verwandten waren, im Testament bedenken müsse?

Ich komme noch einmal auf das aus der Stelle zu ziehende argumentum a contrario zurück. Der Schluß ist freilich nicht berechtigt, daß gegen das Testament eines nach dem Ausscheiden aus dem Kriegsdienste testirenden Haussohns die Querel *et* patri *et* liberis zustehe. Aber bestimmt ist zu schließen, daß einem von diesen Verwandten Pflichttheilsberechtigung gegen das Testament eines solchen Veteranen zukommen mußte. Nun können dies die Kinder gewiß nicht sein, da sie keinerlei Anrecht auf das Vermögen haben, wenn ihr in väterlicher Gewalt stehender Vater ohne Testament stirbt; demnach ist nur an eine Berechtigung des Vaters zu denken und diese ist begründet, da demselben in dem bezeichneten Falle das Vermögen jure peculii zufallen müßte.

Das gewonnene Ergebniß scheint in Frage gestellt zu werden durch die 1. 8. § 3 D. de inoff. 5. 2; indessen hoffe ich zu zeigen, daß die Stelle in Wahrheit unsrer Ansicht kein Hinderniß bereitet. Zur Vorbereitung ist aus der unten folgenden Erörterung über l. 37. C. d. inoff. test. 3. 28. der Satz vorwegzunehmen, daß durch diese Verordnung Justinian's auch das Testament eines als Veteran

---

[29]) pr. J. quib. non est perm. 2. 12: — si vero intestati decesserint, *nullis liberis vel fratribus superstitibus,* ad parentes eorum jure communi pertinebit (sc. castrense peculium). Dazu Theophil. ad h. l.

testirenden Haussohns über das castrensische Vermögen der Querel unzugänglich gemacht wurde.

In der erwähnten l. 8 § 3 D. h. t. berichtet Ulpian, der offenbar zustimmt:

Papinianus libro secundo responsorum ait *contra veterani patris familias testamentum* esse inofficiosi querellam, etsi ea sola bona habuit quae in castris quaesierat.

In diesem Ausspruche findet die Ansicht, welche schon für das classische Recht die Querel auch bei dem nach beendigtem Kriegsdienst von einem Hauskinde errichteten Testament über das castrense peculium versagt, grade so einen ihr günstigen Beweis vom Gegentheil, wie ein solcher oben von uns aus l. 24 C. eod. gezogen wurde[30]). Man verweist dabei auf Bas. **39.** 1. 8 schol. 7, wo in der That der Schluß vom Gegentheil gemacht wird[31]). Indessen ist das Scholium für die geschichtliche Frage unerheblich, da es sich zur Begründung lediglich auf die oben erwähnte l. 37 C. eod. von Justinian bezieht.

Selbst Fitting aber gesteht zu, daß die l. 8 § 3 cit. mittelbar die Querel gegen das Testament eines veteranus filius familias für unstatthaft erkläre; er nimmt deshalb an, das Wort „patris familias" sei von den Compilatoren mit Rücksicht auf die l. 37 C. cit. eingeschoben[32]). Allein so leicht an sich eine Interpolation denkbar ist, so erscheint doch die von Fitting angedeutete Aushülfe ungenügend. Der Schlußsatz „etsi ea sola bona habuit, quae in castris quaesierat" weist ja vom Standpunkt des Pandektenrechts deutlich auf einen paterfamilias als Erblasser hin, und daß dieser ganze Satz einen späteren Zusatz bilden sollte, ist nicht wohl glaublich, er scheint nach Gedanken und Ausdruck der classischen Zeit anzugehören. — Weiter könnte man unsre Stelle als eine Spur des Streits unter den römischen Juristen über die Anfechtbarkeit des Veteranentestaments betrachten wollen, — eines Streits, dessen Dasein unten bei der Besprechung der l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 aufgezeigt werden wird. Aber auch diese Erklärung verbietet sich, wenn man berücksichtigt, daß

30) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 207 f.

31) Εἰ γὰρ ὑπεξούσιος ἦν καὶ ἐπὶ τοῦ κανστρεσίου πεκουλίου διέθετο, οὐχ ὑπέκειτο δεϊνοφικίοσο, ὡς ἀνήνεκται βιβ. γ΄. τοῦ κώδικος (καὶ) τιτ. κή. διατάξει τελευταία (est l. 37 C. cit.).

32) Fitting S. 238. 243.

l. 8 § 3 cit. aus demselben Werk Ulpian's herrührt, welchem die oben besprochene, die Querel des Vaters gegen den letzten Willen des Haussohns zulassende l. 1 § 6 D. si a parente 37. 12 angehört[33]).

Ich meine, auch wie die l. 8 § 3 cit. jetzt lautet, verleiht sie der gegnerischen Ansicht keine Stütze. Ulpian's Darstellung bewegt sich, wie der Inhalt seiner voraufgehenden Bemerkungen in l. 1. l. 6. l. 8. pr. § 1. 2 D. eod. zeigt, im Eingang der Lehre von der Querel. Wenn hier der Jurist einen Fall heranzieht, in welchem eine letztwillige Verfügung über den castrensischen Erwerb anzufechten ist, so denkt er an die Querel in ihrer regelmäßigen Erscheinung, wonach sie sich gleichmäßig allen Pflichttheilsberechtigten — den Kindern, Eltern und Geschwistern — darbietet. Eben darum wird vom testirenden paterfamilias gesprochen. Deshalb will der Jurist gewiß nicht bestreiten, daß ein einzelner Notherbe, der Inhaber der väterlichen Gewalt, auch das Testament des Haussohns über dasselbe Vermögen umstoßen könne; nur hat dieser Fall eine so exceptionelle Natur, daß er von Ulpian in dem beschriebenen Zusammenhange seiner Ausführungen unberücksichtigt gelassen werden konnte. In ähnlichem Sinn wird Papinian, aus welchem Ulpian schöpft, die Frage besprochen haben.

Ich komme zu der von Justinian mit l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 begründeten Veränderung des dargestellten Rechts. Damit begegnet uns zugleich eine Vorschrift über die Behandlung der Querel bei den quasi-castrensischen Peculien. Diese sind daher in die folgende Darstellung mit aufzunehmen. Der Inhalt der Constitution ist dieser[34]). Im Eingang berührt Justinian das Privilegium des Soldatentestaments in Ansehung der Querel, sodann die Eintheilung der Peculien in ein paganum, castrense und quasi-castrense; demnächst bemerkt er: bestimmten Inhabern eines quasi-castrense peculium sei die Befugniß gewährt, nach gemeinem Recht zu testiren, — nach dem gleichen Recht aber dürfen auch Veteranen über das während

---

[33]) Beide Stellen gehören dem Edictscommentar an: die l. 8 § 3 cit. dem 14. Buche, die l. 1 § 6 cit. dem 45. Buche.

[34]) Ausführlich besprochen ist das Gesetz in neuerer Zeit von Mühlenbruch 35 S. 210—215, Fitting S. 238—242; auch handelt von ihm Francke S. 446—450. Zu verbinden ist mit der Stelle l. 12 C. qui testam. 6. 22.

des Kriegsdienstes erworbene Peculium verfügen. Hieran knüpft der Kaiser die folgende auf den Zweck seines Gesetzes bezügliche Aeußerung:

In his itaque omnibus quasi castrensibus peculiis dubitabatur, si contra hujusmodi testamenta de inofficioso querellam extendi oportet. —

Ohne Frage läßt sich dem ganzen Gesetz eine klare Sprache nicht nachrühmen; der soeben mitgetheilte Satz aber würde gradezu außer allem logischen Zusammenhange mit den voraufgeschickten Aeußerungen stehen, wenn man sich nicht dazu entschließen wollte, dem vom Kaiser gebrauchten Ausdrucke „quasi castrensia peculia" den weiten Sinn zu geben, wonach er auch das in den Händen eines Veteranen befindliche castrensische Vermögen begreift[35]).

Ehe nun jener Streitpunkt wegen der Querel erledigt wird, geht das Gesetz auf die Frage nach dem Umfange der Testirberechtigung ein. Es wird gesagt, eine solche sei allgemein den Soldaten und Veteranen in Ansehung ihres castrensischen Vermögens gewährt; dagegen sei nicht allen Besitzern eines quasi-castrensischen Peculium die gleiche Vergünstigung ertheilt, und eben bei Denen, welche sich nicht auf ein besonderes Privilegium berufen könnten (den Advokaten u. s. f.), sei die Testirbefugniß streitig.

Soviel die im Principium gegebene Einleitung; die eigentliche Anordnung des Gesetzes schließt sich in den §§ 1 und 2 an. Für alle Besitzer eines peculium quasi-castrense, „wie solches dem castrensischen Vermögen nachgebildet ist", wird im § 1 die Befugniß anerkannt, in regelmäßiger Weise über das Peculium zu testiren. Zugleich wird ihnen das Vorrecht gewährt (hoc nihilominus eis addito privilegio), daß ihre Testamente nicht mit der Querel angefochten werden können. Der Gesetzgeber verweist, wie schon früher bemerkt wurde, zur Begründung seiner Anordnung auf den Satz, daß auch eine bon. poss. contra tabulas des Patrons gegen das Testament des Freigelassenen über die bona castrensia nicht stattfindet: in gleicher Weise sollen nun auch die erwähnten, *ad instar castrensis peculii* eingeführten Peculien der Querel entzogen sein.

Vorhin wurde hervorgehoben, daß das Principium unter dem Ausdruck „quasi castrensia peculia" auch das castrensische Vermögen der Veteranen umfaßt: in Uebereinstimmung damit hat man die

[35]) Dafür Mühlenbruch a. a. O. S. 200 Anm. 49. S. 11 f. bei Anm. 77. Fitting S. 239 Anm. 11.

im § 1 getroffene Ausnahmsbestimmung rücksichtlich der Querel auch auf diesen Fall zu beziehen. Uebrigens würde sich dieses Resultat selbst dann ergeben, wenn jene Auslegung des Principium zu verwerfen wäre; dasselbe müßte aus dem § 1 allein gezogen werden. Der Kaiser hebt zweimal nachdrücklich hervor, das castrensische Vermögen sei das Muster des quasi-castrensischen: offenbar will er neben der nunmehr an beide Vermögen geknüpften Testirbefugniß für Beide gleiches Recht gegenüber dem Pflichttheilsanspruch schaffen. Außer Zweifel aber ist, daß die Bestimmung über das quasi-castrensische Peculium wirksam wird, mag immer der Inhaber nach niedergelegtem Amt oder beendigter öffentlicher Function testiren: folgeweise ist in Justinian's Sinne zu sagen, daß auch die letztwilligen Verfügungen des Veteranen über den castrensischen Erwerb dem Pflichttheilsrecht entzogen bleiben sollen.

In der Ausdehnung, welche hier der in l. 37 C. cit. ertheilten Vorschrift beigelegt ist, wird die Verordnung schon von Donellus (comment. XIX. 5.) genommen; von den Neueren sind dieser Ansicht Mühlenbruch und Fitting beigetreten [36]). Doch verkennt Mühlenbruch, daß Justinian für das Veteranentestament neues Recht in Ansehung der Querel schaffen will. Allerdings kann man nicht umhin, die Erwähnung früherer Meinungsverschiedenheiten im Principium auch auf dieses Testament zu beziehen: aber die oben erörterten l. 1 § 6 D. si a parente 37. 12, l. 24 C. de inoff. test. 3. 28 berechtigen zu der Annahme, daß die herrschende Lehre sich für die Möglichkeit einer Querel des Vaters erklärt hatte.

Zu erwähnen ist schließlich der vom § 2 des Gesetzes ausdrücklich eingeschärfte Satz: das Vorrecht in Ansehung der Querel erlischt mit dem Austritt des Peculieninhabers aus der väterlichen Gewalt, das Peculium wird damit Theil des Gesammtvermögens.

Bisher suchten wir festzustellen, inwiefern das Testament eines Haussohns über die bona castrensia (und quasi castrensia) der Querel

---

[36]) Wenn Francke nach dem Vorgang älterer Schriftsteller (bei ihm genannt S. 447 Anm. 15) die l. 37 cit. ausschließlich auf das peculium quasi castrense im gewöhnlichen Verstande bezieht, so nimmt er auf den oben mehrfach betonten Sprachgebrauch im Principium keine Rücksicht; er übersieht auch, weil er die dispositiven Worte streng vom sonstigen Inhalt des Gesetzes sondert, den engen Zusammenhang, in welchen das Gesetz das peculium quasi castrense mit dem castrense bringt.

zugänglich ist. Dabei ist gelegentlich schon das Material der Quellen für die weitere Frage berührt, ob letzterer Anspruch zugelassen wird, wenn eine von der väterlichen Gewalt befreite Person ein Testament über die zum peculium castrense gehörig gewesenen Güter errichtet, welches an den Vergünstigungen des Soldatentestaments nicht Theil hat. Die Querel wird hier für die Zeit der classischen Jurisprudenz bezüglich der castrensischen Vermögensstücke zugestanden in der oben besprochenen l. 8 § 3 D. de inoff. 5. 2; eben so bestimmt verleiht sie Justinian in l. 37 § 2 C. eod. in Anwendung auf die bona quasi castrensia.

Als zur Querel berechtigt erscheinen in diesem Falle begreiflich die nächsten gesetzlichen Erben, denen Pflichttheilsberechtigung zukommt. Unter diesen steht in der ersten Kaiserzeit in der ersten Stelle hinter den liberi der parens manumissor. Von der Berechtigung des Letzteren zur Querel wurde schon im § 34 unter B. (S. 244 ff.) gehandelt: auf das dort Gesagte ist hier Bezug zu nehmen.

IV. Veränderungen durch die Novellen 115 und 118. Rücksichtlich des Einflusses der Nov. 115 auf die unter I bis III betrachteten Lehren ist man heutzutage auf den wichtigsten Punkten einig. Für die Behandlung des Pflichttheilsrechts der Verwandten beim castrensischen und quasicastrensischen Vermögen gewährt das Gesetz selbst einen bestimmten Anhalt. Bei Regelung des Notherbenrechts der Eltern bestimmt Kap. IV, das ich zu dem betreffenden Theile um des Folgenden willen im griechischen Text hier einrücke: — *Θεσπίζομεν τοίνυν μὴ ἐξεῖναι τοῖς παισὶ τοὺς ἰδίους γονεῖς* praeter*ιτους καταλιμπάνειν ἢ καθ' οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων, ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι, τούτους παντελῶς ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι* —.

Das „*ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι*“ deutet unverkennbar auf die in der Testirfähigkeit beschränkten Hauskinder hin, damit auf Verfügungen über die vorhin erwähnten Peculien: demnach verleiht die Novelle auch in dieser Anwendung unter Beseitigung der Bestimmungen in l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 den Ascendenten die vollen notherbrechtlichen Ansprüche. In Kap. III, welches die Bestimmungen wegen des Notherbenrechts der Descendenten enthält, findet sich zwar eine ähnliche Wendung nicht[37]); aber die stärkere

[37]) Wenn c. III sagt: — μὴ ἐξεῖναι παντελῶς πατρὶ ἢ μητρὶ — τὸν ἴδιον υἱὸν ἢ θυγατέρα ἢ τοὺς λοιποὺς παῖδας καταλιμπάνειν κ. τ. λ., so ist aus dem

Natur der descendentischen Berechtigung macht die Uebertragung der Anordnung im Kap. IV völlig unbedenklich. — Für die Richtigkeit des in solcher Weise aus der Nov. 115 selbst gezogenen Ergebnisses zeugt Nov. 123 Kap. 19. Das Gesetz bestätigt die den Geistlichen rücksichtlich des pecul. quasi-castrense gewährte Testirbefugniß, fügt aber hinzu, daß den Kindern des Erblassers und in Ermangelung solcher den Eltern der Pflichttheil zugewendet werden müsse. Glück[38]) meint zwar, diese Anordnung der Nov. 123 als Beweismittel gegen die obige Auslegung der Nov. 115 verwenden zu können: die Bestimmung des neuen Gesetzes wäre nach ihm überflüssig gewesen, wenn schon die Nov. 115 die ihr zugeschriebene Vorschrift getroffen hätte. Allein dieser Bemerkung hat man treffend die Einleitung der Nov. 123 entgegengehalten[39]): Justinian bezeichnet es hier als den Zweck der Novelle, die in einer Reihe von Gesetzen zerstreut vorliegenden Vorschriften für den geistlichen Stand in einer einzigen Verordnung zu vereinigen; er hat also den Satz das Kap. 19 lediglich aus der Nov. 115 herüber genommen.

Für die dargestellten Grundsätze hat sich seit lange die herrschende Lehre entschieden[40]). Bestritten aber ist grade heutzutage die Ausdehnung dieser Sätze auf die Geschwister. Francke macht geltend (S. 452), daß Letzteren nirgends die in l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 allgemein für die Peculien abgeschaffte Querel gestattet worden sei, und daran hat man in der That festzuhalten. Fitting (S. 363) will es zwar als die eigentliche Meinung der Nov. 115 angesehen wissen, daß der durch die l. 37 C. cit. eingeführte Grundsatz

---

παντελῶς schwerlich etwas für unsere Frage zu entnehmen. Das Wort findet sich grade so in c. 4., hier aber neben der auf die Peculien bezüglichen Aeußerung. Anders Mühlenbruch S. 218. Fitting S. 362 z. A.

[38]) Commentar VII S. 487. — Wegen der (auch von Glück getheilten) Ansicht, daß an dem durch die l. 37 C. h. t. 3. 28 geschaffenen Recht in Ansehung des castrensischen wie quasi-castrensischen Vermögens durch die Nov. 115 nichts geändert sei, finden sich die Nachweise bei Glück und Fitting an den in Anm. 40 zu bezeichnenden Stellen.

[39]) Fitting S. 362.

[40]) Reichhaltige Nachweise bei Fitting S. 360 f. in Anm. 2, womit zu verbinden Glück a. a. O. S. 486 Anm. 68, S. 488 Anm. 70. — Ueber die Folgen einer Verletzung der notherbrechtlichen Vorschriften in Anwendung auf die in Frage stehenden Peculien (Fitting S. 364) läßt sich in Wahrheit bei der Art, wie diese selbst in der Novelle erwähnt werden, nicht zweifeln.

überhaupt wieder wegfallen solle; aber an den kärglichen, im Novellenrecht vorliegenden Aeußerungen findet diese Auffassung keinen Anhalt. Der Nov. 115 legt die heutige Wissenschaft mit vollem Recht die Absicht unter, nur das Notherbenrecht für Kinder und Eltern zu regeln. Nun wird im Kap. IV die Vorschrift in Ansehung der Peculien nur bezüglich der Erbberechtigung der Eltern ertheilt, ihre Ausdehnung auf die Kinder ist erst auf dem Wege eines Schlusses aus deren vorzugsweiser Erbberechtigung zu begründen: wie soll sich danach eine Ausdehnung jener Vorschrift über das erwähnte Gebiet der Nov. 115 hinaus rechtfertigen lassen? Noch mehr spricht gegen Fitting die Nov. 123: sie lautet deutlicher als die Nov. 115, indem sie auch den Kindern — diesen vor den Eltern — den Pflichttheil wahrt. Ist es danach nicht bezeichnend, daß auch dieses Gesetz die Geschwister unberücksichtigt läßt?

Sehr einfach bestimmt sich ferner der Einfluß des Novellenrechts auf die im Eingang von III erwähnte bon. poss. contra tabulas des Parens Manumissor und des Patrons gegenüber dem Testament, welches der Emancipirte wie der Freigelassene als im activen Dienst stehender Soldat über das in castris erworbene Vermögen errichtet. Die prätorische Pflichttheilsberechtigung des *parens manumissor* ist weggefallen: dieser Satz ist zwar nicht schon in seiner ganzen Ausdehnung aus der Nov. 115, aber er ist jedenfalls aus der Nov. 118 abzuleiten[41]). Für das dem heutigen Recht gleichfalls unbekannte Pflichttheilsrecht des Patrons enthalten die Novellen keine Bestimmungen.

Uebrig bleibt die Frage nach dem Einfluß des Novellenrechts auf die Ausnahmsstellung, welche das Soldatentestament vermöge der oben unter I und II erörterten Grundsätze gegenüber dem formellen wie materiellen Notherbenrecht einnahm.

Hier darf vor Allem nicht bezweifelt werden, daß der Satz, es finde gegenüber dem Soldatentestament keine querella inofficiosi testamenti statt, auf die den Kindern und Eltern nach Nov. 115 gebührende Pflichttheilsberechtigung zu übertragen ist[42]). Aber

---

[41]) Vergl. § 32 unter III B. S. 223 f.

[42]) So Francke S. 452 f. und Mühlenbruch S. 217 f. Beide lassen das Privilegium des Soldatentestaments ohne Einschränkung fortbestehen; — so ferner Fitting S. 365: Letzterer weicht nur rücksichtlich des formellen Notherbenrechts in der im Text näher angegebenen Weise ab.

auch auf dem Gebiete des formellen Notherbenrechts läßt die gemeine Meinung das Vorrecht des Soldatentestaments fortbestehen. Dem entgegen hat Fitting[43]) eine ältere Ansicht hervorgezogen, wonach auch der auf dem Feldzuge testirende Soldat nur dann die Erbeseinsetzung von Kindern oder Eltern soll unterlassen können, wenn er einen gesetzlichen, auch beweisbaren Enterbungsgrund angibt.

Ich glaube, daß Fitting im Unrecht ist[44]). Seine Begründung ist diese. Vor der Nov. 115 waren auch Soldaten an das s. g. formelle Notherbenrecht gebunden. Da sie indessen keinerlei Form zu beobachten brauchten, und da es ferner nicht nöthig war, Gründe für eine Exheredation anzugeben, so mußte beim Soldatentestament die wissentliche Uebergehung eines Notherben für eine genügende Enterbung gelten. Seit der Nov. 115 aber muß jede Unterlassung der Erbeseinsetzung eines Notherben durch die Angabe eines gesetzlichen Grundes gerechtfertigt werden, und davon ist zu Gunsten der Soldaten keine Ausnahme gemacht. Folglich muß diese Vorschrift auch für Soldatentestamente gelten.

Soll bei dieser Ausführung auf das dem neuen Recht angehörige Erforderniß der Bezeichnung eines gehörigen Enterbungsgrundes der Ton gelegt werden, und so scheint es, so ist zu entgegnen, daß die gesetzliche Anforderung der Angabe eines Enterbungsgrundes Formvorschrift ist, daß aber auch vor der Novelle Formen bestanden, die den Soldaten nicht verpflichteten. Bis zur l. 4 C. de lib. praet. 6. 28 ließ man zwar bei gewissen Notherben ein exheredare inter ceteros genügen, aber schon damit war doch ein bestimmter Willensausdruck verlangt. Seit der l. 4 C. cit. dagegen mußte ohne Unterschied jeder Notherbe mit individueller Bezeichnung enterbt werden. Von diesen Vorschriften war ohne Zweifel der testirende Soldat befreit, da er bezüglich des letzten Willens von aller Form entbunden war. Ohne Zweifel muß ihn letzterer Umstand grade so von jener Formvorschrift der Novelle befreien.

Zu fragen ist hiernach nur noch, ob gegenüber einer im Soldatentestament vorliegenden Ausschließung geltend gemacht werden kann, daß es in Wahrheit an einem dem Novellenrecht ge-

---

[43]) A. a. O. S. 365 f.

[44]) Daß der von Fitting in Frage gestellte Punkt durch deutsches Gewohnheitsrecht festgestellt wäre, hat wohl mit seinen Angaben S. 365 f., Schluß von Anm. 5, nicht behauptet werden sollen; jedenfalls liegt dafür kein Beweis vor.

nügenden Ausschließungsgrunde fehle, und daß deshalb die Erbeseinsetzung des Testaments zu beseitigen sei. Auch das muß verneint werden. Wenn im früheren Recht der Soldat einen Notherben enterbte, so konnte dieser das Testament mit dem Vorwurf unverdienter Ausschließung nicht angreifen: dieser Vorwurf wäre nur auf dem Wege der Querel zu erheben gewesen, und gegen Letztere war das Soldatentestament gesichert. Grade so darf dann auch nach neuestem Recht nicht vom Notherben angebracht werden, daß seiner Ausschließung keiner der von Justinian in Nov. 115 Kap. 3 und 4 aufgestellten Ausschließungsgründe zur Seite stehe.

C. F. Winter'sche Buchdruckerei in Darmstadt.

2

XIII

Schröder, Franz

Das Notherbenrecht eine civilästische Abhandlung

Bd.: 1

Heidelberg 1877